Die Bestimmungen über die gegenseitigen Verträge

in ihrer Anwendung auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Wilhelm Kersten
Referendar aus Aschersleben.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Aschersleben.
Hallersche Buchdruckerei (Gebr. Volkhardt).
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547026_0043

Meiner lieben Mutter.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

I. Hauptteil:

Die Gesellschaft als gegenseitiger Vertrag 4

II. Hauptteil:

Sind die §§ 320 ff. auf die Gesellschaft anwendbar? 11

III. Hauptteil:

Die Anwendung der §§ 320—327 im einzelnen 17

I. Einrede des nichterfüllten Vertrages 20

II. § 321 32

III. Unmöglichkeit der Leistung 36

1. § 323 (zufällige Unmöglichkeit) 37

2. § 324 (vom anderen Teil zu vertretende Unmöglichkeit) . . 50

3. § 325 (vom Leistenden zu vertretende Unmöglichkeit) . . . 56

IV. Verzug 65

Schluß 67

Literatur-Verzeichnis.

Adler, Zur Entwickelungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. 1895.

André, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages im heutigen Gemeinen Recht. 1890.

Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. 1907.

Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar von Reichsgerichtsräten. I. Bd. 1910.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 5. Aufl. 1912.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1902.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Schuldverhältnisse 1. Abt. 3. Aufl. 1905. Schuldverhältnisse 2. Abt. 3. Aufl. 1906.

Ehrenberg, Artikel „Gesellschaftsvertrag" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 3. Aufl. 4. Bd. S. 716 ff.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. I. Bd. 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 1. Abt. 2. Abt. 4. u. 5. Aufl. 1909/10.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. 1900.

Eschelbacher, Das Recht auf die Gesellschaftseinlagen. Rostocker Dissertation 1902.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht. 1889.

Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit. 2. Aufl. 1902.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. I. Bd. 2. Aufl. 1902.

Haas, Die Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters, insbesondere seine Rechte und Pflichten gegenüber den übrigen Gesellschaftern. Tübinger Dissertation 1908.

Haase, Inwieweit finden die Vorschriften für die synallagmatischen (gegenseitigen) Verträge auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung? Berliner Dissertation 1904.

Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. 1910.

Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts. 3. Aufl. besorgt von Kuntze. 3. Bd. 1864.

Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen. 1911.

Keutner, Die rechtliche Natur der gegenseitigen Verträge im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1906.
Krahmer, Gegenseitige Verträge. 1904.
Kuntze, Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff (in der Festgabe für Müller). Leipzig 1892.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1. Bd. 1902.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs. 1. Bd. 1902.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.
Müller, Blätter für Rechtsanwendung, begründet von Seuffert und Gluck. Bd. 63 S. 405 ff.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Amtl. Ausgabe 1888.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Bd. 5. Aufl. 1909.
Nicolai, Ueber die Anwendbarkeit der allgemeinen Sätze über die gegenseitigen Verträge auf die Gesellschaft nach BGB. Leipziger Dissertation 1902.
Oebike, Greift die Einrede des nichterfüllten Vertrages Platz bei den Verpflichtungen der Gesellschafter? Erlanger Dissertation 1903.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse (Kommentar von Oertmann-Biermann-von Blume-Opet u. a.). 3. u. 4. Aufl. 1910.
Paech, Der Leistungsverzug. 1902.
Philipp, Das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge. Erlanger Dissertation 1903.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erl. von Pl. u. a. 2. Bd. 3. Aufl. 1907.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., bearbeitet von Achilles u. a. 2. Bd. 1898.
Rettig, Die stille Gesellschaft des HGB. im Verhältnis zur Gesellschaft des BGB. 1902.
Riccius, Die Anwendbarkeit der allgemeinen Sätze über die gegenseitigen Verträge auf die Gesellschaft nach BGB. Rostocker Dissertation 1902.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des BGB. 1899.
Schmidt, Die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Dissertation 1899.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. 2. Aufl. 1904.
Siméon, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1. Hälfte 1911.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 9. Aufl. 1912.
v. Staudinger's Kommentar zum BGB. 2. Bd. I. u. II. Teil. (Von Kuhlenbeck und Kober.) 1908.
Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation. 1899.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichen Recht. 1900.
Tödter, Die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den gegenseitigen Vertrag. Erlanger Dissertation 1899.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. bearbeitet von Kipp. 2. Teil 1906.
Wolf, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, in Verbindung mit Neukirch, Rosenmeyer, Telgmann 2. Aufl. 1913.

Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen.

Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 18 S. 387 ff.: Heerwart. Bd. 54 S. 255 ff.: Zimmermann.
Archiv für bürgerliches Recht.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Begr. von Gruchot).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 29 S. 360: Kisch.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. 2. Folge 8. Bd. S. 68 ff.: Kisch, Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen. (Zitiert als Kisch, Schadenersatz.)
Juristische Wochenschrift.
Kritische Vierteljahrszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Jahrgang 1903, S. 564 ff.: Kisch. Jahrgang 1904, S. 341—346: Titze.
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Seufferts Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Die Arbeiten von:
Goesch, Das Ausscheiden eines Gesellschafters nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Göttinger Dissertation 1900.
Krech, Die Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden. Greifswalder Dissertation 1900.
Müller, Die Haftung der Gesellschafter nach dem BGB. Leipziger Dissertation 1903.
Schwenk, Beiträge zur Lehre von der Gesellschaft nach römischem Recht und dem bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Dissertation 1908.
berühren die in der vorliegenden Abhandlung behandelten Fragen nur gelegentlich, sind daher nicht ausdrücklich zitiert.

Die Lehrbücher und Monographien sind nur mit dem Verfassernamen, die Zeitschriften und Entscheidungssammlungen in allgemein üblicher Weise zitiert.
Die Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

Einleitung.

Allgemein bekannt ist, daß das Obligationenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches im wesentlichen eine den modernen Verhältnissen angepaßte Ueberarbeitung des bereits im gemeinen Rechte zum sogenannten modernus usus pandectarum fortgebildeten römischen Rechtes ist, in welche allerdings an manchen Stellen statt der dem deutschen Rechtsempfinden nicht zusagenden Grundsätze römischen Ursprungs der neuen Rechtsentwickelung entsprossene Prinzipien gesetzt worden sind.[1])

So weisen auch die Normen über die Gesellschaft in beiden Rechtssystemen — mit einer sogleich zu erwähnenden Ausnahme — eine große Ähnlichkeit auf.[2]) Wie wohl sich im Corpus juris keine Definition der Gesellschaft findet,[3]) trifft z. B. die im § 705 BGB. enthaltene Bestimmung des Gesellschaftsvertrages für das römische Recht gleichfalls zu. Danach ist die Gesellschaft die vertragsmäßige Vereinigung mehrerer bestimmter Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes durch gemeinschaftliche Förderung.

Indessen weicht das heutige Recht in einem wichtigen Punkte — darin dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche folgend — vom früheren gemeinen Rechte ab, nämlich in der Konstruktion des Gesellschaftsvermögens. Das römische Recht kannte keine Vermögensmasse, die der Gesamtheit als solcher gehörte, vielmehr stand jedem Gesellschafter ein Bruchteil des Eigentums an jedem eingebrachten Vermögensstücke zu, und teilbare Gegenstände, wie vor allen Geldforderungen,

[1]) Vgl. alle die aus dem ADHGB. ins BGB. übernommenen Rechtssätze.

[2]) Die Motive (Bd. II S. 591) sagen: „Den Vorschriften des Entwurfs über die Gesellschaft liegt die gemeinrechtliche Auffassung vom Begriffe und Wesen der Sozietät zu Grunde, wie auch die einzelnen durch den Gesellschaftsvertrag entstehenden Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen im wesentlichen im Anschlusse an gemeinrechtliche Grundsätze normiert sind". Dies gilt im allgemeinen auch von den Bestimmungen des BGB.

[3]) Vgl. Inst. 3, 25: De societate; Dig. 17, 2, C. 4, 37: Pro socio.

zerfielen von selbst in die entsprechenden Anteile[4]); es galt mithin der in C. 3, 36,6 für das Erbrecht aufgestellte Grundsatz: nomina sunt ipso jure divisa. Ganz anders heute! Das deutschrechtliche sogenannte Prinzip der Gesamthand hat wie bei manch anderen Rechtsgebilden, so ebenfalls im Gesellschaftsrecht einen Erfolg errungen, wenn auch erst in zwölfter Stunde des Gesetzgebungswerkes.[5]) Dabei ist zu beachten, daß die gesamte Hand kein einheitlich geregeltes Rechtsinstitut ist, sondern „ein elastisches Gedankenelement, das an diesem oder jenem Punkte auftauchen und schwächer oder stärker entfaltet sein kann".[6]) Die Gesamtheit der Gesellschafter ist danach Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens, ohne daß jedoch diese Gesamtheit deshalb eine juristische Person darstellte.[7]) Sie ist vielmehr gleich der Summe aller; der einzelne kann während des Bestehens der Gesellschaft nicht über seinen Anteil an dem gemeinsamen Vermögen und an den einzelnen dazu gehörigen Stücken verfügen (§ 719).

Es mischen sich also im jetzigen Gesellschaftsrecht römischrechtliche Gedanken in der Struktur des Vertrages mit deutschrechtlichen in der Struktur des Vermögens, und gerade diese Vermischung sich wesentlich fremder und im innern sogar feindlicher Rechtsgedanken hat dazu beigetragen, schon im gemeinen Rechte höchst strittige Fragen nicht etwa, wie man von einem neuen und sonst so gelungenen Gesetzgebungswerke wie dem BGB. erwarten sollte, ganz zu beseitigen oder wenigstens zu klären, sondern vielmehr in noch höherem Maße als bisher zu verwirren.

Eine dieser früher und heute heftig umkämpften Fragen ist diejenige, ob der Gesellschaftsvertrag zu den sogenannten gegenseitigen oder nach der Bezeichnung der Quellen[8]) und des gemeinen Rechts,

---

[4]) Allg. Meinung im Gemeinen Recht; abweichend Adler S. 13, 20—23.

[5]) Vgl. Protokolle Band II S. 428—434. Gierke (Entwurf) S. 90 f.; über den Grund hierzu Haase S. 36—37.

[6]) Gierke, Archiv f. bürg. Recht Bd. 19 S. 118; ferner Knoke S. 22.

[7]) Gierke, wie Anm. 2: „diese Personeneinheit ist keine juristische Person, sie ist nicht eine von den Gliedpersonen verschiedene und ihnen gegenüber verselbständigte Verbandsperson, sondern nur die kollektive Einheit der verbundenen Personen". Vgl. ferner Rettig S. 13.

[8]) Dig. 50, 16, 19: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συναλλαγμα vocant, veluti . . . . societatem. Für das römische Recht konnte danach die im Text erwähnte Frage nicht auftauchen.

synallagmatischen gehöre und, falls dies bejaht wird, wie sich die allgemeinen Normen über die gegenseitigen Verträge in ihrer Anwendung auf die Gesellschaft im einzelnen darstellen müßten. Im folgenden soll versucht werden, zur Lösung dieser Frage beizutragen. Hat doch das Problem angesichts der großen Bedeutung, die die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und noch mehr deren eigens für die Bedürfnisse des Wirtschaftslebens ausgestattete Schwester,[9]) die offene Handelsgesellschaft, in der modernen Volkswirtschaft besitzt, fast gleich großes Interesse für die Nationalökonomie wie für die Rechtswissenschaft.

Das Thema, das uns im folgenden beschäftigen soll, lautet:

Lassen sich die Regeln über die gegenseitigen Verträge auf die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts anwenden?

und bei Bejahung dieser Frage:

Wie muß sich deren Anwendung im einzelnen gestalten?[10])

---

[9]) § 105 Absatz 2 Handelsgesetzbuchs.

[10]) Diese beiden Fragen haben bereits teils sie nur streifende, teils sie eingehender behandelnde Bearbeitungen gefunden; vgl. das Literaturverzeichnis. Angesichts ihrer Wichtigkeit scheint aber eine neue, in manchen Punkten abweichende und dabei die einzelnen neuen Ansichten und Bemerkungen der Autoren zusammenfassend berücksichtigende Abhandlung innere Berechtigung zu haben; die von einander unabhängigen Arbeiten von Nicolai, Riccius und Haase stammen bereits aus den Jahren 1902 bezw. 1904.

Erster Hauptteil.

Die Gesellschaft als gegenseitiger Vertrag.

Die genannten Paragraphen stehen im BGB. unter dem Titel „Gegenseitige Verträge". Daher ist zur Beantwortung der ersten der aufgeworfenen Fragen die allgemeinere Vorfrage zu erledigen: Ist der gemäß dem Prinzip der Formfreiheit des BGB. formlos gültige [11]) Gesellschaftsvertrag (oder kürzer „die Gesellschaft" — im folgenden wird dieser Ausdruck bald im Sinne von Gesellschaftsvertrag, bald im Sinne von Gesellschaftsverhältnis, bald als Bezeichnung für die Gesamtheit der Gesellschafter gebraucht; eine Verwirrung läßt der Zusammenhang nicht befürchten —) ein gegenseitiger Vertrag? [12])[13])

Das Gesetzbuch sagt uns darüber nichts, und so ist eine Streitfrage des gemeinen Rechts in das neue Reichsrecht übernommen worden. Doch versagen wir uns ein näheres Eingehen auf die gemeinrechtlichen Gründe und Gegengründe,[14]) da sie im wesentlichen die gleichen wie die für das geltende Recht vorgebrachten sind.

Das BGB. schweigt absichtlich. Die Motive sprechen nämlich

---

[11]) Indessen müssen die in besonderen Fällen vorgeschriebenen Förmlichkeiten auch bei seinem Abschluß selbstverständlich beobachtet werden, z. B. die des § 313 bei einer Verpflichtung zur Einbringung von Grundstücken.

[12]) Darüber, daß der Ges.-Vertrag ein wahrer Vertrag und kein sog. Gesamtakt in dem von Kuntze in seiner gleichnamigen Schrift geprägten Sinne ist, — was übrigens auch Kuntze nicht behauptet (siehe S. 31, 32, 42) — vgl. Oertmann § 705, 4 a.

[13]) Diese Fragestellung wird bekämpft von Hoeniger S. 207. Vgl. Anm. 66 auf S. 17 unten.

[14]) Eine eingehendere Behandlung des gemeinen Rechts würde den Rahmen unserer Abhandlung überschreiten. Vgl. über seine Bestimmungen Nicolai S. 3—23, Haase S. 9—34.

aus,[15]) daß man die Lösung dieser Frage der Wissenschaft und Praxis überlasse, aus Besorgnis, sonst „einer unleidlichen Kasuistik ohne Garantie für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Entscheidungen" zu verfallen. Die Stellung des Titels „Gesellschaft" im Recht der einzelnen Schuldverhältnisse bietet jedenfalls nicht den geringsten Anhalt zu einer Entscheidung, da in diesem Abschnitte die einzelnen Schuldverhältnisse behandelt sind, mag ihnen ein gegenseitiger Vertrag zu Grunde liegen (Kauf, Miete usw.) oder nicht (Schenkung). Die Literatur ist überwiegend der Ansicht,[16]) daß der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist.

Allerdings wird verschiedentlich sehr lebhaft die gegenteilige Ansicht verfochten.[17])

Die Rechtsprechung schließlich scheint trotz der im heutigen Wirtschaftsleben bevorzugten Form der Gesellschaft wenig Gelegenheit gehabt zu haben, durch eine größere Anzahl von Entscheidungen eine festgezeichnete Bahn einzuschlagen; doch wird in den bisher ergangenen Urteilen der Gesellschaftsvertrag regelmäßig den gegenseitigen zugerechnet.[18])

Die Gründe der Schriftsteller, die die Gesellschaft nicht als gegenseitigen Vertrag gelten lassen wollen, sind im allgemeinen die gleichen.

---

[15]) Bd. II S. 598, 600. Vgl. ferner Philipp S. 40 Anm. 2.

[16]) Für das gem. Recht: Windscheid-Kipp § 405 Anm. 1a. Sintenis § 121 III. Heerwarth a. a. O. Zimmermann a. a. O. Für das BGB.: Cosack II § 275 I, 1. Crome II § 280 Note 2. Dernburg II 2 § 357 III. Ehrenberg S. 719. Enneccerus-Kipp-Wolff I 2 S. 457. Enneccerus-Lehmann § 308 II Eschelbacher S. 26. Goldmann-Lilienthal S. 731. Haase S. 38. Kisch S. 2—3. Derf., Krit. Viertelj. 1903 S. 564 ff. Knoke S. 42. Krahmer S. 79—81. Lehmann-Ring I S. 229. Matthiaß S. 348. Müller S. 409. Neumann § 705, 1. § 706, 1. Nicolai S. 23. Oebike S. 12—14. Oertmann § 705, 4. Paech S. 151 Anm. 5. Philipp S. 41. Planck II Vorbem. IV. zu § 705. Reichsgerichtsr. § 705, 3. Rettig S. 18. Riccius S. 28—29. Scherer S. 1011. Siméon I S. 467. Staub § 109 Anm. 5. Windscheid-Kipp § 406 Nachbem. 1c. Wolf Bem. vor § 705 ff.

[17]) Für das gem. Recht: Holzschuher-Kuntze III S. 38. Für das BGB.: Hoeniger S. 207 ff. Kohler II 1 S. 259, 276—278. Schollmeyer S. 147, 148. Besonders Titze S. 309 ff. Derf., Krit. Viertelj. 1904 S. 341—346; unentschieden Endemann § 181 Anm. 10 mit der Begründung, daß der Streitfrage geringe praktische Bedeutung zukomme. Lotmar I S. 37—38.

[18]) Für Allg. Landrecht: R.-G. bei Gruchot Bd. 27 S. 944 III. Für das BGB.: R.-G. Bd. 76 S. 279. Bd. 78 S. 305. R.-G. in Jurist. Wochenschr. 1911 S. 808. — O.-L.-G. Entsch. Bd. 8 S. 80.

Neuerdings hat insbesondere Titze [19]) diesen Standpunkt ausführlicher begründet, weshalb wir seine Aeußerungen wörtlich folgen lassen. Er schreibt:[20])

„Ein gegenseitiger Vertrag liegt dann vor, wenn aus einem kontraktlichen Schuldverhältnis notwendigerweise auf beiden Seiten Rechte und Pflichten erwachsen und zwar Rechte und Pflichten, die in dem Verhältnis wechselseitiger Bedingtheit stehen, bei denen die Pflicht um des Rechtes willen übernommen wird, die Berechtigung den juristischen Zweck der Verpflichtung bedeutet. Hiernach darf man das aus einem Gesellschaftsvertrage sich ergebende Schuldverhältnis als ein „gegenseitiges" nicht ansehen. Zwar erzeugt es notwendigerweise auf seiten sämtlicher Beteiligter sowohl Rechte wie Pflichten, indem jeder Gesellschafter das Recht hat, von dem andern Gesellschafter zu verlangen, daß er „in der durch den Vertrag bestimmten Weise den Gesellschaftszweck fördere, insbesondere die vereinbarten Beiträge leiste (§ 705)."

Es stehen aber diese Rechte und Pflichten zu einander nicht in dem soeben geschilderten Abhängigkeitsverhältnis. Denn der Beitrag des Gesellschafters B. ist nicht der juristische Zweck, um dessentwillen sich der Gesellschafter A. zu einem Beitrag verpflichtet. Der juristische Zweck des Gesellschaftsvertrages ist vielmehr die Erreichung des gemeinsam angestrebten Zieles (§ 705); die einzelnen Beiträge sind nur Mittel zu diesem Zweck. Allerdings können diese Mittel insofern zu einander in einem inneren Abhängigkeitsverhältnis stehen, als der Gesellschaftszweck sich vielleicht nur mit Hilfe der Beiträge sämtlicher Gesellschafter verwirklichen läßt, so daß, wenn A. den versprochenen Beitrag nicht leistet, dadurch auch der des B. wertlos wird. Diese Abhängigkeit wäre aber eine wirtschaftliche, keine juristische; die Beiträge würden deshalb, worauf es allein ankommt, zu einander noch nicht in das Verhältnis finaler Reziprozität treten. Kurz gesagt: Es bieten die Beitragspflichten der einzelnen Gesellschafter nicht, wie es beim synallagmatischen Vertrag der Fall ist, das Bild des „do ut des",

---

[19]) § 9 Anm. 1; § 17 Anfang, Satz 2.
[20]) § 17 Anfang, Satz 2.

des wechselseitigen Austausches dar, sondern sie laufen parallel zu einander demselben Endziele zu." [21])

Schollmeyer [22]) formuliert das Wesentliche der Titze'schen Ansicht, wenn er äußert: der Gesellschaftsvertrag sei gegenseitig höchstens im Sinne genetischer, aber nicht im Sinne funktioneller Abhängigkeit der einzelnen Leistungen.

Schließlich halten einige, so Staudinger-Kober,[23]) Steinbach [24]) einen Austausch der beiderseitigen Leistungen für ein essentiale der gegenseitigen Verträge. Da nun bei der Gesellschaft kein Austausch, sondern eine Vergemeinschaftung stattfinde, so sei diese „eigentlich" kein gegenseitiger Vertrag.

Indessen dürften diese Gründe nicht zwingend genug sein, um den Gesellschaftsvertrag als einen nicht gegenseitigen erscheinen zu lassen.

Was den zuletzt angeführten Punkt anlangt, es sei das Charakteristikum der gegenseitigen Verträge im Austausch der Leistungen zu finden, so bedingt zwar das Gemeinschaftsverhältnis der Gesellschafter zu einander, daß nicht jeder einzelne den Beitrag jedes anderen zu Eigentum erhalten kann. Aber soweit es bei der eigenartigen Lagerung der Verhältnisse möglich ist, tritt auch in der Gesellschaft ein Austausch der Leistungen ein. Nach § 718 Abs. 1 werden nämlich die Beiträge gemeinschaftliches Vermögen aller. Sie fließen mithin in eine Vermögensmasse zusammen, deren Rechtsverhältnisse nach dem deutschrechtlichen Prinzip der sogenannten Gesamthand konstruiert sind, und bei der im Gegensatz zur römischen Sozietät jeder zusammen mit den übrigen Eigentum an allen dazu gehörigen Gegenständen erwirbt, mithin auch an den Beiträgen seiner Vertragsgenossen.[25])

Ferner ist es aber eine petitio principii, nur die Austauschverträge als gegenseitige anzunehmen und allen anderen Vertragsarten diese Eigenschaft abzusprechen.[26]) Denn es ist klar, daß dann der Gesellschaftsvertrag, da er höchstens im eben dargelegten Sinne Austauschvertrag ist, nie rein zu den gegenseitigen gehören kann. Der Aus-

---

21) Ebenso für das gem. Recht Holzschuher-Kuntze III S. 38.
22) S. 147.
23) § 705, V.
24) S. 3.
25) Eschelbacher S. 25, 26.
26) Oertmann § 705, 4b. Nicolai S. 24. Enneccerus-Lehmann I S. 653.

gangspunkt ist falsch, auch derjenige von Steinbach, der bemerkt:[27]) „Zweck des Gesellschaftsvertrages ist nicht Austausch von Güteräquivalenten, sondern Organisation des wirtschaftenden Subjektes.“[28]) Denn dabei mißt er den Rechtsbegriff des gegenseitigen Vertrages mit wirtschaftlichem Maße. Welche inneren Gründe sprechen dagegen, daß ein neues wirtschaftendes Subjekt nicht durch einen gegenseitigen Vertrag sich organisieren kann? Wirtschaftlich betrachtet mögen gegenseitige Verpflichtungen nur Austausch-Verpflichtungen sein, rechtlich ist dies keineswegs der Fall.

Aus dem Gesetzbuch ist jedenfalls die gegnerische Ansicht nicht zu entnehmen. Das BGB. enthält sich, dem Verlangen der Theorie folgend,[29]) regelmäßig der Definition juristischer Begriffe, so auch der des gegenseitigen Vertrages. Nichts deutet aber darauf hin, daß die §§ 320 ff. nur auf Austauschverträge Anwendung finden sollen. Ein Urteil, das auf letzterer Ansicht fußte, ist vom R.-G., allerdings für das gemeine Recht, ausdrücklich verworfen worden.[30])

Titze's Ansicht schließlich ist aus folgendem Grunde nicht haltbar:[31])

Der gemeinsame Zweck schließt die Gegenseitigkeit der zu seiner Erreichung eingegangenen Verpflichtungen nicht aus.[32]) Gewiß ist der Endzweck der Gesellschaft der vorwiegend wirtschaftliche gemeinsame Gesellschaftszweck; dies hindert aber durchaus nicht, daß der besondere Zweck der Verpflichtungserklärung jedes einzelnen der ist, daß die anderen ebenfalls einen Beitrag zum Gesellschaftsvermögen leisten, indem der Hauptzweck diesen nächsten besonderen Zweck als notwendige Durchgangsstufe, als Mittel in sich schließt und in sich schließen muß.[33])

---

[27]) S. 3.

[28]) Vgl. dazu Krahmer S. 81 Anm. 83.

[29]) Stammler S. 85.

[30]) Jur. Wochenschrift 1900 S. 841 Nr. 9.

[31]) Vgl. zum folgenden Riccius S. 24—26 (derselben Ansicht, doch im einzelnen abweichend).

[32]) Daß der Gesellschaftszweck selbst, die zu erwartenden Gewinnanteile (Schmidt S. 20) oder das, was bei der Auflösung der Gesellschaft auf den einzelnen entfällt, nicht als Gegenleistung angesehen werden kann, hat Riccius S. 20—29 nachgewiesen. Siehe ferner Nicolai S. 24, 25. Haase S. 16.

[33]) Haase S. 17 und Riccius S. 71 betonen gleichfalls diese doppelte Natur der Verpflichtungserklärungen.

So ist bei jedem Vertrage ein „Endzweck" von dem „nächsten Zweck" zu unterscheiden. Jenen findet man auf die Frage: Was wollen die Kontrahenten durch die Vertragserfüllung erreichen?; diesen hingegen auf die Frage: Was wollen die Kontrahenten durch den Vertragsabschluß erlangen? Hieraus folgt zugleich, daß, wie bemerkt, der Endzweck den nächsten Zweck als notwendiges Mittel zu seiner Erreichung in sich aufnehmen muß.[34]) Stellen wir zum Beispiel beim Kauf die beiden Fragen, so ergibt sich als Beantwortung der ersten (End- oder wirtschaftlicher Zweck): Austausch von Ware und Preis, und zwar will jeder Kontrahent dadurch seine eigene Privatwirtschaft fördern; es sind also zwei Einzelzwecke durch das Rechtsgeschäft verknüpft worden. Bei der Gesellschaft anderseits ist Endzweck die Erreichung des gemeinsam angestrebten Zieles, wobei — insofern ist Titze beizupflichten — letzteres alle in ihren Bestrebungen eint, so daß trotz mehrerer Subjekte nur ein Endzweck objektiv sich findet.[35])

Fragen wir aber: Was bezwecken die Parteien mit dem Vertragsabschluß?, so ist zu bemerken, daß sie sich meist nicht im einzelnen über die juristischen Folgen ihrer Handlung klar sein werden, wohl aber als Personen, die im Verkehr des täglichen Lebens stehen, über die hauptsächlichsten davon, besonders über die Folge, daß sie an die getroffenen Vereinbarungen gebunden sind, speziell bei den gegenseitigen Verträgen, daß sie einander gegenseitig verpflichtet sind. Wie diese Folge bei allen gegenseitigen Verträgen gleich ist, so auch der durch sie verfolgte Zweck.[36])

Titze begeht nun den Fehler, im allgemeinen unter dem Ausdruck „juristischer Zweck" den letztgenannten zu verstehen, also den, der sich auf die Frage ergibt: Was ist der Zweck des Vertragsabschlusses?, dagegen bei der Gesellschaft diesen Standpunkt zu verlassen und als juristischen Zweck denjenigen zu bezeichnen, den wir durch Beantwortung der andern oben genannten Frage erhalten. Man mag darüber streiten, welcher von beiden Zwecken mit mehr Recht die Bezeichnung eines „juristischen" verdient — uns scheint dies derjenige zu

[34]) Die beiden Zwecke stehen also untereinander im Verhältnis der Subordination, da der eine das Mittel zur Erreichung des andern ist. Dies ist übersehen von Haase S. 17.

[35]) Aehnlich Haase S. 17.

[36]) Aehnlich Riccius S. 25.

sein, der sich auf die unmittelbaren rechtlichen Folgen bezieht, also der oben sogenannte nähere Zweck,[37]) — jedenfalls muß dann stets derselbe Zweck die gleiche Bezeichnung erhalten. Unzulässig ist es aber, wie dies Titze tut, den Gegenstand der Bezeichnung zu wechseln,[38]) und da dann die beibehaltene Ausdrucksweise nicht mehr paßt, auf eine zu Grunde liegende Abweichung im Wesen der verglichenen Verträge zu schließen.

Vielmehr ist auch bei der Gesellschaft der juristische Zweck — um diese nicht glückliche Bezeichnung beizubehalten — derselbe wie bei den andern gegenseitigen Verträgen, nämlich die wechselseitige Verpflichtung aller gegenüber allen, die von Schollmeyer so genannte genetische Abhängigkeit der Rechte und Pflichten. Nur auf letztere kommt es an, und so wird man eine Definition der umstrittenen gegenseitigen Verträge, ohne den gesetzlichen Bestimmungen Zwang anzutun, oder fürchten zu müssen, zu einer zu weiten Ausdehnung des Begriffes zu gelangen, mit Knoke[39]) dahin geben können, daß überall dort ein solcher vorliegt, „wo der eine Teil seine Verpflichtungen nur übernimmt, wenn und weil sich auch der andere Teil ihm gegenüber verpflichtet, wo also das Versprechen des andern Teils den Rechtsgrund für die von dem einen Teil übernommene Verbindlichkeit bildet.“[40])

In diesen Worten liegt zugleich enthalten, daß die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag ist.

---

[37]) Kisch S. 2: „Zwar ist der Gesellschaftsvertrag wirtschaftlich betrachtet nicht auf einen Austausch, sondern auf eine Vereinigung von Leistungen gerichtet.“

[38]) S. 309 bezeichnet T. bei den gegenseitigen Verträgen die Berechtigung, also die unmittelbare, die juristische Folge als juristischen Zweck; S. 310 dagegen nennt er „die Erreichung des gemeinsam angestrebten Zieles“, also die mittelbare, die wirtschaftliche Folge, den juristischen Zweck des Gesellschaftsvertrages: der Widerspruch liegt offen zu Tage. Vgl. im übrigen die treffenden Ausführungen Hoenigers S. 214—217, die gegen Lammfromm gerichtet, fast wörtlich gegen Titze zitiert werden könnten.

[39]) S. 42.

[40]) Krahmer S. 80. Riccius S. 17 und die Anmerk. 2 dort angeführten Schriftsteller. — Außer den Beitragspflichten haben noch einige andere für das Bestehen der Gesellschaft weniger wichtige Pflichten synallagmatische Natur z. B. die allgemeine Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszweckes. Vgl. Riccius S. 29 ff. — Philipp S. 43.

Zweiter Hauptteil.

Sind die §§ 320 ff. auf die Gesellschaft anwendbar?

Ein unbefangener Beurteiler würde aus dem eben gefundenen Ergebnis die nächstliegende Folgerung ziehen, daß nämlich die §§ 320ff. auf die Gesellschaft anwendbar sind, und nur das Wie, nicht das Ob, sie mit den besonderen Rechtsregeln dieser in Einklang zu bringen, würde ihm vielleicht eine Frage zu sein scheinen. Indessen belehrt uns ein Blick in die Literatur, daß diese Ansicht irrig wäre.

Denn eine Reihe von Autoren, von denen ein Teil auf demselben grundsätzlichen Standpunkt wie diese Abhandlung steht, lehnt die praktische Anwendung der fraglichen Paragraphen überhaupt ab.[41])

Das Eigenartige einer solchen Stellungnahme erhellt am besten daraus, daß Oebike[42]) z. B. die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB.) zwar *grundsätzlich* für zulässig erklärt, am Schlusse seiner Arbeit aber zugesteht, daß sie *tatsächlich* nicht zur Anwendung gelangen könne. Der Umstand, der dies verhindert, liegt nach den genannten Autoren in der Struktur der Gesellschafterverpflichtungen begründet.[43])

---

[41]) Vgl. Binder S. 91. Dernburg II. Bd. 2. Abt. § 357 III, § 399 I, 1. Enneccerus I 2, S. 466. Gierke (Vereine o. R.) S. 21 Anm. 30a. Zum Teil Haase S. 42. Kisch bei Grünhut Bd. 29 S. 360. Oebike S. 35. Schmidt S. 14. Windscheid-Kipp II § 406 Nachbem. 1c. Schollmeyer S. 143. R.-G. Bd. 76 S. 276 ff.

[42]) Ganz ausführlich und durchaus in unserm Sinne behandelt diese Frage Eschelbacher S. 14—22, Philipp S. 12—30, kürzer Riccius S. 40—42. Daher sind im folgenden nur die neueren, nach dem Erscheinen ihrer Dissertationen vertretenen Ansichten berücksichtigt.

[43]) Kohler schreibt Bd. 2 S. 260: „Die Anwendung der Grundsätze der gegenseitigen Verpflichtung bei gegenseitigen *Rechtsverhältnissen* würde einer vollständigen Verwahrlosung des Rechtsverhältnisses gleichkommen; wenn also beispielsweise ein jeder Gesellschafter sich von seinen Pflichten dadurch befreien könnte, daß er geltend machte, auch von einer anderen Seite sei die Verbindlichkeit nicht erfüllt worden". Ferner S. 276: „daher ist es beim Ges.-Verhältnis noch sicherer als bei anderen Rechtsverhältnissen, daß die §§ 320 ff. nicht zutreffen". Da K. seine Ansicht nur mit diesen praktischen Bedenken begründet, kann mit rechtlichen Gründen dagegen nicht angekämpft werden.

Dernburg [44]) führt nämlich aus, daß die Gesellschafter sich nicht als einzelne durch den Vertrag verpflichten und berechtigen, sondern der einzelne sich der Gesamtheit gegenüber zu seiner Leistung verpflichtet. Subjekt der geschuldeten Beiträge sei nicht jeder einzelne Gesellschafter, sondern die „Gesellschaft", d. h. alle Gesellschafter zusammen; nur diese oder an ihrer Stelle die Geschäftsführer könnten sie einfordern. Die Beiträge *würden* nicht erst nach § 718 Abs. 1 gemeinschaftliches Vermögen, sondern schon die Ansprüche auf die Beiträge seien Bestandteile des Gesellschaftsvermögens.

Es fehle mithin an einer in den fraglichen Paragraphen stets vorausgesetzten Gegenleistung, da die Gesellschaft eine solche nicht verspreche. Daher seien diese Vorschriften tatsächlich nicht anwendbar.[45])

Das Mißliche der Ansicht Dernburgs [46]) ersieht man schon daraus, daß manche Autoren, obwohl mit ihm grundsätzlich übereinstimmend, die von Oebike gezogene Folgerung, nämlich die Ausschaltung der fraglichen Paragraphen, zu vermeiden suchen. So sagt Staudinger-Kober,[47]) „wegen ähnlicher Lagerung der Verhältnisse sei eine entsprechende Anwendung der §§ 320 ff. möglich," so will vor allem Enneccerus-Kipp-Wolff [48]) die genannten Paragraphen deshalb anwenden, „da die Unbilligkeit in diesem wie in jenem Falle sich gleich bleibe."

Indessen würden diese letzten beiden Gründe, die mehr einer Entschuldigung der Autoren vor ihrem juristischen Gewissen gleichen als eine haltbare Begründung darstellen, noch nicht überzeugen. Vielmehr wird man *grundsätzlich* die Anschauung Dernburg's ablehnen

---

[44]) a. a. O.

[45]) Der Einwand Schollmeyer's S. 148 Anm. 1 man könne, z. B. die Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht dadurch eliminieren, daß man im Ges.-Vertrag einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten, der Gesellschaft, sehe, ist kein Gegenargument gegen die vorgetragene Ansicht Dernburg's. Denn dieser nimmt keinen solchen Vertrag, sondern eine direkte Verpflichtung der einzelnen der Gesellschaft gegenüber an.

[46]) Dernburg wird im folgenden als Repräsentant der Anschauung behandelt, daher diese der Kürze halber als „Dernburg'sche" bezeichnet.

[47]) § 705, V.

[48]) I, 2, S. 458.

müssen. Um dies darzulegen, müssen wir notwendigerweise auf die rechtliche Natur der Gesellschafterverpflichtungen näher eingehen.

§ 705 besagt in klarem Wortlaut: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig." Diese Worte legt zwar das Reichsgericht [49]) dahin aus, daß damit „nur die allgemeine Regel aufgestellt werde, daß der Gesellschaftsvertrag als ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. anzusehen ist." Eine solche Erklärung ist indes sehr bedenklich. Danach wäre die oben erörterte Streitfrage, ob die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag sei, müßig, weil durch das Gesetz selbst klar entschieden. Diese Meinung ist u. E. zurückzuweisen und mit Endemann [50]) zu betonen, daß § 705 nichts darüber aussagt, ob die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag ist oder nicht, sondern daß der Ausdruck „gegenseitig" nur so viel wie „einander" oder „wechselseitig" bedeutet.

Ist letzteres aber der Fall, so treten sich die Gesellschafter als einzelne gegenüber und schließen so den Vertrag; dann können sie sich nur als einzelne und nicht in ihrer Gesamtheit Rechte gewähren.[51])

Oertmann weist ferner darauf hin,[52]) daß die Gesamtheit, der sich die einzelnen nach dieser Ansicht verpflichten sollen, noch gar nicht existiert. Eine solche entsteht frühestens mit Abschluß des Vertrages, aber nicht wird dieser schon mit der Gesamtheit vereinbart. Ein Zeitpunkt ist maßgebend: derjenige, in dem der Vertrag nach materiellem Recht gültig zustande gekommen ist. Vor diesem Augenblick gibt es weder eine Gesamtheit noch irgend eine Verpflichtung; nach diesem Zeitpunkt ist jene zwar vorhanden, indes die Verpflichtung des einzelnen schon

---

[49]) Bd. 76 S. 279; ebenso Knoke S. 42. Eschelbacher S. 17. Oebike S. 14. Nicolai S. 23.

[50]) § 181 Anm. 10; ferner Hoeniger S. 208. Philipp S. 20.

[51]) Philipp S. 16, 17. Im römischen Recht stand es fest, daß jeder einzelne gegen jeden anderen einen persönlichen Anspruch hatte, den er mit der actio pro socio geltend machte; vgl. die S. 1 Anm. 3 der Abhandlung zitierten Stellen. Da das BGB. sich, wie in der Einleitung erwähnt, nur in der Konstruktion des Gesellschaftsvermögens, nicht aber in der des Vertragsabschlusses, aus dem allein die Pflichten und Rechte entspringen, vom römisch-gemeinen Rechte unterscheidet, so ist dies ein weiterer der geschichtlichen Entwickelung entnommener Grund zur Stützung der hier verfochtenen Ansicht. Siehe Krahmer S. 79, 80. Philipp S. 15.

[52]) § 705, 3.

geschehen und für ihn bindend.[53]) Man könnte allenfalls — will man durchaus die Gesamtheit als Subjekt der Beitragsforderungen konstruieren — in dem Vertrage einen solchen zu Gunsten eines Dritten sehen;[54]) aber gerade diese Ansicht müßte davon ausgehen, daß die Erklärungen der einzelnen den einzelnen gegenüber abgegeben werden, würde also das gerade Gegenteil der Dernburg'schen Anschauung darstellen.

Ferner wird man bei einer Gesellschaft von nur zwei Mitgliedern nicht ohne Zwang gegen die natürliche Auffassung sagen können, daß der eine nicht dem andern, sondern dem andern und sich selbst verpflichtet sei.[55]) Schließlich würde die bekämpfte Ansicht in ihrer folgerechten Durchführung die Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrages überhaupt in Frage stellen, da die Gesellschaft ihrerseits keine Leistung verspricht, eine Gegenleistung also noch nicht einmal im Entstehungsstadium vorliegt, und so zu einer Auffassung des Vertrages zwingen, die gerade die genannten Autoren nicht teilen.

Das Reichsgericht endlich führt zu Gunsten der Dernburg'schen Ansicht, der es sich Bd. 76 S. 280 anschließt, noch an:[56]) „Wenn die Gesellschafterbeiträge vor ihrer Einziehung noch nicht zum Gesellschaftsvermögen gehörten, so ergäbe sich daraus, daß den Gläubigern der Gesellschaft die Möglichkeit genommen wäre, bei der Zwangsvollstreckung ins Gesellschaftsvermögen die Beitragsforderungen zu fassen. Dieses Ergebnis wäre namentlich dann unbefriedigend, wenn die Ge-

[53]) Dies ist durchaus nicht scharf genug gefaßt in der Entscheidung R.-G. Bd. 76 S. 279, wo es heißt (die Einklammerungen stammen vom Verfasser): „Die mit dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages wirksam werdende gesamte Hand ergreift (!) die Beitragsforderungen (die ja gleichfalls erst entstehen) und drängt, soweit erforderlich, die Befugnisse des einzelnen Gesellschafters zurück". Die Bildlichkeit des Ausdruckes geschieht hier, wie immer, auf Kosten der scharfen juristischen Formulierung. Soll in vorstehenden Worten etwa gesagt sein, daß die in der Person des einzelnen entstandene Forderung kraft einer Art cessio legis auf die „Gesamthand" (wohl gleich Gesellschaft) übergeht?

[54]) So Haase S. 41 („in mancher Beziehung").

[55]) Oertmann § 705, 3.

[56]) S. 279. Allerdings hegt das R.-G. selbst noch unausgesprochene Bedenken gegen seinen neuen Standpunkt, wie aus seiner Stellungnahme S. 280 Abs. 2 zu einer früheren abweichenden Entscheidung (Bd. 54 S. 297) hervorgeht.

sellschaft den Gläubigern nur mit dem Gesellschaftsvermögen haftete. . . . Der Gedanke, daß regelmäßig von den Gläubigern eine rechtzeitige Untersuchung darüber zu erwarten sei, ob die ausstehenden Beiträge ihnen hafteten, und wie weit hiernach die Kreditgewährung ausgedehnt werden dürfte, widerspricht der Lebenserfahrung. Weiter ergäbe sich die sehr unzweckmäßige Folge, daß die Geschäftsführer der Gesellschaft . . . nicht verpflichtet wären, die Beiträge zur Gesellschaftskasse einzuziehen, ja daß sie als Geschäftsführer dazu nicht einmal das Recht hätten . . ." Das Reichsgericht führt diese Gründe selbst nur als Unterstützungsargumente an. Denn es ist offenbar, daß durch eine argumentatio ad hominem keine Rechtsfrage entschieden werden kann, und „unbefriedigende Ergebnisse", „unzweckmäßige Folgen", selbst wenn die Lebenserfahrung sie lehrt, sind wohl de lege ferenda nicht genug zu beachtende Momente, für die Auslegung der lex lata aber nicht ausschlaggebend.

Außerdem sind die Folgen, die das Reichsgericht zur Begründung seines indirekten Beweises heranzieht, durchaus nicht so schwerwiegende.

Der erste Beweisgrund, daß durch unsere Ansicht leicht eine Schädigung der ins Gesellschaftsvermögen zwangsvollstreckenden Gläubiger herbeigeführt werde, ist überhaupt unzutreffend. Denn in der gleichen Entscheidung [57]) ist angenommen, daß die Beitragsforderungen in der Person der einzelnen Gesellschafter entstehen, mithin sind sie, mag später immerhin die gesamte Hand „die Befugnisse des einzelnen zurückdrängen", nach § 717 unübertragbar, also nach § 851 ZPO. unpfändbar.[58]) Ein Gläubiger kann sie bei der Zwangsvollstreckung daher überhaupt niemals fassen.

Und zu dem in der Entscheidung zuletzt aufgeführten Gegengrunde ist zu bemerken, daß, wenn die betreffenden Gesellschafter unserer Ansicht nach auch nicht als Geschäftsführer das Recht haben, die Beiträge einzuziehen, sie doch als bloße Mitglieder der Gesellschaft

---

[57]) S. 279.

[58]) Knoke S. 40. Philipp S. 54, 55. — Das R.-G. hat seine Begründung vermutlich, wie Haase S. 41, Enneccerus-Lehmann S. 662 entlehnt, da dieser genau die gleichen Argumente geltend macht, und ebenso daraus den oben erwähnten falschen Schluß zieht. Vgl. dazu Riccius S. 47—49.

dies allerdings können, und daß bei gleichem praktischen Erfolge ein derart feiner juristischer Unterschied gerade für das tägliche Leben, auf das sich das Reichsgericht beruft, ganz belanglos sein dürfte.[59])

Eine letzte Stütze für die verfochtene Anschauung bietet das Gesetz selbst in § 718 Abs. 1, wo es heißt: „Die Beiträge der Gesellschafter *werden* gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschaft." Wenn man wie das Reichsgericht dem Sprachgebrauch des Gesetzes folgend unter „Beiträgen" die noch zu bewirkenden Leistungen versteht (§§ 705, 706, 714, 735 Satz 2), im Gegensatz zu den „Einlagen", den schon bewirkten, (§§ 707, 733 Abs. 2, 3, 734, 735 Satz 1, 739), muß man daraus schließen, daß diese Beiträge nicht von ihrer Entstehung an zum Gesellschaftsvermögen gehören, sondern erst durch ihre Leistung Teile davon werden.[60])

Selbst wenn man den letzten Beweisgrund nicht für zwingend erachten wollte,[61]) so ist doch aus allem vorher Angeführten die Ansicht Dernburg's mit ihren Folgerungen abzulehnen[62]) und mit der Mehrheit der Autoren[63]) festzuhalten, daß die Möglichkeit vorhanden ist, die §§ 320 ff. auf die gegenseitigen Verpflichtungen der Gesellschafter anzuwenden, weil diese zwischen ihnen als Einzelpersonen bestehen.

---

[59]) Riccius S. 49, 50. Eschelbacher S. 21: „Die Geschäftsführer haben ja in allen wesentlichen Punkten die Stellung eines Beauftragten, sie haben als solche die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen und haften, wenn sie diese vorsätzlich oder unter Verletzung der Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen, verletzen. Kraft dieses Auftragsverhältnisses müssen sie auch die Einlagen, auf die sie nur in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter einen Anspruch haben, einziehen, sobald das Wohl der Gesellschaft es erfordert."

[60]) Knoke S. 34.

[61]) So R.-G. Bd. 76 S. 278.

[62]) Aus denselben Gründen auch die vermittelnde Meinung von Haase S. 42, Cosack § 279 II, 1, Lehmann-Ring S. 230, Subjekte der Beitragsforderungen seien sowohl die einzelnen Gesellschafter wie die Gesamtheit.

[63]) Crome II § 281 II 1b. Eschelbacher S. 14 ff. Goldmann-Lilienthal I S. 731. Haase S. 4, 38, 39. Knoke S. 33, 34. Krahmer S. 81. Oertmann § 705, III. Philipp S. 16 ff. Planck § 705, IV; § 718a. Riccius S. 44, 50. Hoeniger S. 248, obwohl er S. 210 Synallagma und Sozietät grundsätzlich scharf auseinander gehalten haben will. — R.-G. Bd. 54 S. 297 ff. Motive II S. 594.

Dritter Hauptteil.

Die Anwendung der §§ 320—327 im einzelnen.[64])

Wenden wir uns der Anwendung der genannten Paragraphen auf die Gesellschaft zu!

Denn es ist allgemein anerkannt[65]) und liegt in der Anordnung des BGB., das die Sätze über die gegenseitigen Verträge in den allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse gestellt hat, begründet, daß stets im einzelnen zu prüfen ist, inwieweit die §§ 320 ff. auf ein einzelnes Schuldverhältnis Anwendung finden, ob ihre Bestimmungen dabei Abänderungen erleiden oder ob gar die besonderen Rechtssätze des betreffenden Schuldverhältnisses als leges speciales ihre Anwendung ausschließen.[66])

---

[64]) Denn „es genügt nicht, nur die Tatsache zu konstatieren, daß die §§ 320—327 eingreifen, es gilt vielmehr zu untersuchen, wie ihre Anwendung im einzelnen sich gestaltet": Eschelbacher S. 26.

[65]) Auch in der Praxis, vgl. OLG. Entsch. Bd. 8 S. 80.

[66]) Heftig bekämpft wird dieses Verfahren von Hoeniger S. 209. Er argumentiert folgendermaßen: „In einem besonderen Titel unter der Ueberschrift „Gegenseitige Verträge" gibt das Gesetz eine Reihe von Normen. Wenn von einem Vertrage gesagt wird, er sei ein gegenseitiger, so kann dies, wenn es überhaupt einen festen Sinn haben soll, nur bedeuten, daß darauf ganz unmittelbar die Normen jener besonderen Kategorie der gegenseitigen Verträge anzuwenden sind. Einen Vertrag, bei dem dies letztere nicht der Fall ist, dennoch mit dem im Gesetz festgelegten Begriff als „gegenseitigen" zu bezeichnen, geht nicht an, wenn anders diesem Gesetzesbegriff nicht jede feste Bedeutung genommen werden soll".

Diese Ansicht ist u. E. irrig. Crome weist Bd. 2 § 281 Anm. 9 darauf hin, daß diese allgemeinen Bestimmungen schon bei zweifellos gegenseitigen Verträgen wie Kauf, Miete, Dienstvertrag Modifikationen erleiden. Dann ist oben S. 8 darauf hingewiesen, daß der Begriff des gegenseitigen Vertrages gerade kein Gesetzesbegriff ist; wenn aber H. vielleicht meint, man müsse dadurch feststellen, welches ein gegenseitiger Vertrag ist, daß man prüft, ob auf ihn die Regeln der §§ 320 ff. restlos anwendbar sind, so entspräche dies Verfahren einmal nicht den Regeln der Logik, deren wenig bewußte Anwendung in der Jurisprudenz an anderer Stelle H. selber rügt, und außerdem würde dann der Begriff der gegenseitigen Verträge überflüssig sein.

Logisch ist es, wenn von einem Hauptbegriff z. B. dem des gegenseitigen Vertrages etwas ausgesagt ist, wie in den §§ 320 ff., und festzustellen ist, ob diese Aussage auf einen im allgemeinen engeren Begriff (die Gesellschaft)

Dabei sei ein Verfahren befolgt, das fast durchweg in der Literatur beobachtet wird,[67]) nämlich die Verhältnisse einer aus nur zwei Mitgliedern bestehenden Gesellschaft getrennt zu besprechen von denjenigen in einer mindestens drei Personen umfassenden Gesellschaft. Für jeden zu behandelnden Paragraphen soll in dieser Weise vorgegangen werden — eine Eintönigkeit der Abhandlung soll indes möglichst vermieden werden —, wobei sich auf Grund des Gesetzes die vier Untergruppen von selbst ergeben:

1. Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320),
2. § 321,
3. Unmöglichkeit der Leistung, zerfallend in drei Unterabteilungen (§ 323—325) und
4. Verzug (§ 326).[68])

Für alle diese Fälle gilt noch folgendes:

Es ist zunächst als eine Besonderheit der Gesellschaft hervorzuheben, daß die Leistungen der einzelnen ganz verschiedenartig sein können, und daß das Rechtsverhältnis, in dem die Gesellschafter zu einander stehen, fortwährend neue Pflichten und neue Rechte entstehen läßt. Daher rechnet Kohler[69]) die Gesellschaft zu den gegenseitigen Rechtsverhältnissen, deren Charakteristikum eine dramatische Entwicklung sei, nicht aber zu den gegenseitigen Verträgen.

Anwendung finden kann, vorher zu untersuchen, ob der besondere Begriff sich überhaupt in den Hauptbegriff einordnen läßt, m. a. W. ob die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag ist.

Wollte man aber umgekehrt vorgehen, also zuerst prüfen, ob sich die in den fraglichen §§ enthaltenen Einzelbestimmungen auf einen besonderen Vertrag anwenden lassen, so würde man bei positivem Ausfall dieser Prüfung als Ergebnis erhalten, daß der betreffende Vertrag ein gegenseitiger ist; daraus würde folgen, — daß die §§ 320 ff. auf ihn anwendbar sind, m. a. W. wir würden aus der Anwendbarkeit der betreffenden Normen wieder auf ihre Anwendbarkeit schließen, ein Verfahren, welches augenscheinlich überflüssig ist.

[67]) Z. B. Crome II § 281 I, 1. Knoke S. 43. Matthiaß § 128 II A, 1. Nicolai S. 32 und Anm. 2 ders. S. Oertmann § 705, 4. Philipp S. 45. Planck Vorbem. IV. vor § 705. Daß diese Zweiteilung innerlich unbegründet ist, wird sich im Laufe der Darstellung ergeben.

[68]) § 322 findet sowohl bei § 320 wie bei § 321 Anwendung, wird daher bei beiden behandelt werden.

[69]) II S. 259.

So wertvoll diese Anschauung für die rechtliche Erkenntnis ist, darf sie doch nicht dahin führen, die §§ 320 ff. deshalb für die Gesellschaft überhaupt für unanwendbar zu erklären.

Ohne Zweifel ergibt sich aber eine gewisse Schwierigkeit aus dieser Eigenart; denn wenn die fraglichen Bestimmungen bei allen aus dem Gesellschaftsverhältnis gleichsam wie aus einem Wurzelstocke sich fortwährend neu bildenden Verpflichtungen Platz griffen, so würde sich eine außerordentliche Unübersichtlichkeit, um nicht mit Kohler zu sagen, Verwahrlosung des Rechtsverhältnisses ergeben. Es entsteht daher die Frage: Auf welche Pflichten und Rechte muß sich ihre Anwendung beschränken?

Die Lösung ergibt sich ohne weiteres, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß die §§ 320 ff. stets von einer „Leistung" und einer entsprechenden „Gegenleistung" reden. Aus dem Gesellschaftsvertrage entstehen aber sowohl solche „gegenseitigen" Verpflichtungen, wie andere, die diesen Charakter nicht haben.[70])

Das unterscheidende Merkmal zwischen beiden Arten von Verpflichtungen haben wir darin zu sehen, ob die Pflicht für alle Mitglieder in gleicher Weise besteht, bezw. für sie eine entsprechende Gegenleistung festgesetzt ist oder aber ob nur einer oder mehrere einzelne sie übernommen haben. Im letzteren Fall ist augenscheinlich eine *gegenseitige* Verpflichtung aller nicht vorhanden.

Als Beispiel diene die Pflicht der Rechnungslegung seitens der Geschäftsführer. Ihr steht bei den anderen Beteiligten keine Verpflichtung gegenüber; daher ist in einer Anzahl Entscheidungen die Anwendbarkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages für sie verneint worden,[71]) d. h. ein Gesellschafter, der Rechnung zu legen hat, darf dies nicht aus dem Grunde verweigern, weil der oder die anderen seinen bezw. ihre Beiträge noch nicht geleistet haben oder ihrerseits noch nicht Rechnung gelegt haben. Denn die Pflicht zur Rechnungslegung ist nur eine Folge der Pflicht zur Geschäftsführung; sie setzt außer einer entsprechenden Bestimmung im Vertrage noch die tatsächliche Führung der Geschäfte voraus, ist so von rein zufälligen Umständen abhängig

---

[70]) Krahmer S. 87. Nicolai S. 28. Kisch S. 7. Oertmann § 705, 4c, a. α. Oebike S. 39, 45. Riccius S. 30, 31. Haase S. 45.

[71]) Seuffert's Archiv Bd. 1 Nr. 212; 25 Nr. 105, 237; 29 Nr. 235; 36 Nr. 34; 54 Nr. 221. — ROHG. Bd. 16 S. 48; RG. Bd. 26 S. 257 (für ALR.) (ähnlich).

und trägt, selbst wenn sie für mehrere festgelegt ist, stets einen durchaus singulären Charakter, daher gehört sie nicht zu den gegenseitigen Verpflichtungen.[72])

Aber auch die unzweifelhaft gegenseitigen Pflichten (z. B. diejenige zur Leistung der Beiträge) stehen nur untereinander, nicht promiscue mit anderen derartigen Verpflichtungen (z. B. derjenigen zur Förderung des Gesellschaftszwecks) in einem synallagmatischen Verhältnis, weil die Gegenleistung in der Gesellschaft naturgemäß denselben Charakter hat und haben muß, wie die Leistung und nicht in der Erfüllung einer beliebigen anderen Pflicht bestehen kann.[73])

Eine weitere Besonderheit, die in der Literatur meist nicht hervorgehoben wird, liegt u. E. darin, daß die Beiträge stets in eine gemeinsame Vermögensmasse zusammenfließen. Dadurch entsteht schon bei Anwendung des § 320 auf eine Gesellschaft von zwei Mitgliedern eine sogleich zu besprechende Abweichung von den anderen gegenseitigen Verträgen, die mit den Verhältnissen in einer größeren Gesellschaft so viel Übereinstimmung zeigt, daß schon aus diesem Grunde die erwähnte herrschende Zweiteilung bei der Behandlung der fraglichen Bestimmungen als eine rein äußerliche erscheint.[74])

I. Einrede des nichterfüllten Vertrages.

§ 320 enthält die zwar nicht in den Quellen,[75]) wohl aber gemeinrechtlich sogenannte exceptio non adimpleti contractus oder, wie das BGB. gelegentlich in § 202 Abs. 2 den Ausdruck verdeutscht, die Einrede des nichterfüllten Vertrages.[76])

---

[72]) Dagegen ist „die Verpflichtung zur Leistung der Beiträge grundsätzlich eine synallagmatische" (Goldmann-Lilienthal I S. 738, 4; auch Krahmer S. 87) und wie aus Riccius Arbeit S. 29—33 hervorgeht, diejenige, die in der Praxis fast allein in Betracht kommt.

[73]) Riccius S. 34.

[74]) Für die im folgenden besprochenen Einzelfälle vergl. im allgemeinen die Uebersichten bei Oertmann § 705, 4 und Planck Vorbem. vor § 705.

[75]) Oebike S. 7.

[76]) Das BGB. sieht diese als eine wirkliche Einrede an und nicht wie ALR. I, 5 § 271 als Leugnung des Klaggrundes. Trotzdem hat nicht der Beklagte sie zu beweisen, sondern umgekehrt der Kläger, will er mit der Klage glatt durchdringen, ihre Unbegründetheit, d. h. seine schon bewirkte Leistung. Haase S. 35, 36. Riccius S. 38, 39. Tödter S. 9 ff.

Im allgemeinen sind Einreden anzusehen als eine Art zur Verteidigung geltend gemachter Klagen, deren rechtliches Fundament nicht ausreicht zu aggressivem Vorgehen, jedoch noch stark genug ist, um den gegnerischen Angriff entweder dauernd (peremptorische) oder wenigstens vorübergehend (dilatorische) abzuweisen.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages im besonderen ist nur ein Anwendungsfall des das ganze moderne bürgerliche Recht beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben. Sie will die Vertragsgenossen einander vor zu vertrauensvollem oder aber — auf der anderen Seite — vor unredlichem Handeln bewahren, und ist daher zu bestimmen als eine exceptio retentionis (doli), woraus zugleich ihr dilatorischer Charakter ersichtlich wird.[77]) Die eine Partei soll grundsätzlich bei gegenseitigen Verträgen mit der einen Hand nur zu leisten brauchen, wenn sie mit der anderen Hand gleichzeitig empfängt, und die Billigkeit erfordert dies sowohl dann, wenn die Leistungen ausgetauscht werden, wie dann, wenn sie in eine gemeinsame Kasse fließen.[78])

So aufgefaßt bietet die Anwendung des § 320 bei den gewöhnlichen gegenseitigen Verträgen keine Schwierigkeit.

Auch bei einer Gesellschaft von nur zwei Personen ist ohne weiteres ersichtlich, wie sich die Verhältnisse beim Vorschützen dieser Einrede gestalten. Der eine Gesellschafter verweigert seine Leistung so lange, bis der andere seinerseits erfüllt.[79])

Vor näherem Eingehen auf die sich daraus ergebenden Folgen ist noch auf eine u. E. notwendige Einschränkung hinzuweisen.

Bei der Kompliziertheit der Rechtsverhältnisse in einer Gesellschaft ist vor allem eine mechanische Lösung der Probleme zu vermeiden. Das Gleiche ist die Ansicht Enneccerus-Lehmanns,[80]) der bei

---

77) Diese Auffassung ist seit Heerwarths Aufsatz allgemein geworden. Ueber Entstehung, Natur und Wirkung der exc. n. a. c. vergl. Oebike S. 5—10; ferner Tödter S. 9—12.

78) Knoke S. 43.

79) In diesem Falle läßt die herrschende Meinung die Einrede ohne weiteres zu. Vgl. die Nachweise bei Oertmann § 705, 4c αα.

80) S. 654.

einer ähnlichen Frage[81]) die besonderen Umstände des Falles entscheiden lassen will. Diesem Vorgehen stimmt Krahmer[82]) zu, der meint, es habe hier wie stets beim Fehlen positiver Sonderregelung die Praxis dem Grundgedanken des richtigen Rechts unmittelbar Anwendung zu schaffen. Und da nicht das unkontrollierbare Rechtsgefühl des einzelnen entscheiden darf, so ist Krahmer ferner beizustimmen, wenn er nach einem festen Maßstabe verlangt, nach dem das Vorhandensein dieser besonderen Umstände gemessen werden könne.

Enneccerus-Lehmann gibt selbst einen solchen an[83]) — und damit kommen wir auf die notwendige Einschränkung zurück —, indem er die Gesellschafterbeiträge scheidet in die gewöhnlichen Jahresbeiträge und in die größeren Kapitalbeiträge.

Für erstere schließt er die Einrede des nichterfüllten Vertrages überhaupt aus, und man wird seiner Begründung durchaus beitreten können. Gewiß wäre es für den Geschäftsbetrieb ein großes Hemmnis, und im Prozeß nur ein Mittel zur Verschleppung, wenn jeder Gesellschafter die Zahlung seines fälligen gewöhnlichen Jahresbeitrages deshalb verweigern könnte, weil irgend ein anderer gleichfalls noch säumig sei. Dadurch würde eine Prämie auf die unpünktliche Erfüllung der Gesellschafterpflichten gesetzt, weil der pünktlich Zahlende die Einrede nicht hätte, eine Regelung, die dem auch für das jetzige Recht nicht zu leugnenden besonderen Vertrauensverhältnisse[84]) zwischen den Gesellschaftern geradewegs entgegenliefe. Jeder hat in solchem Falle bei Eingehung der Sozietät gewußt, daß er jährlich eine gewisse Summe zu zahlen haben werde und sich der Erfüllung dieser Pflicht unterworfen, so daß eine Zurückbehaltung des meist geringeren Betrages Treu und Glauben zuwider sein würde. § 320 Abs. 2 findet direkt Anwendung: die Verweigerung würde ins-

---

[81]) nämlich bei der später zu erörternden Anwendung des § 320 auf eine „größere" Gesellschaft — mit diesem Ausdruck ist im folgenden stets eine Ges. mit mehr als zwei Mitgliedern gemeint.

[82]) S. 92.

[83]) a. a. O.; ihm schließt sich Nicolai m. 40, 42 an.

[84]) Für das römische Recht ausgesprochen in Inst. III, 25, 9; Dig. XVII, 2, 63 pr. und 72.

besondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils gegen Treu und Glauben verstoßen.[85])

Anders hingegen bei größeren Beiträgen. Hier schlägt das Bedenken ein, daß auf dem tatsächlich vorleistenden Gesellschafter das ganze oder ein unverhältnismäßig hohes Risiko des Betriebes lasten würde. Will man daher hier die Einrede nicht ohnehin zulassen, so darf man zum mindesten einen stillschweigend erklärten Parteiwillen des Inhalts annehmen, daß wegen der gleichen Behandlung aller keiner der Kontrahenten in eine solche ihn über Gebühr gefährdende Lage geraten, sondern ein jeder in gleicher Weise herangezogen werden solle.

Schließlich mag noch daran erinnert werden, daß die in Rede stehende Bestimmung nach dem Wortlaut des § 320 Satz 1 — „es sei denn, daß er (d. h. der in Anspruch Genommene) vorzuleisten verpflichtet ist" — dann nicht Platz greifen kann, wenn eine bestimmte Reihenfolge der Leistungen vereinbart ist.[86])

Ist so das Geltungsgebiet der Einrede des nichterfüllten Vertrages im Gesellschaftsrecht gebührend eingeschränkt, so tritt bei ihrer Geltendmachung die bereits erwähnte Besonderheit hervor, nämlich die Vergemeinschaftung der Beiträge an Stelle des sonst vorhandenen Austausches, durch die eine Veränderung in der Art und Weise der Beitragsleistung und dadurch auch in dem Verfahren zu deren zwangsweiser Durchsetzung, in der Zwangsvollstreckung hergerufen wird.[87])

---

[85]) Dies Ergebnis erweist seine praktische Brauchbarkeit in folgendem: Nach § 54 BGB. ist auf die nichtrechtsfähigen Vereine das Gesellschaftsrecht anzuwenden. Es liegt nun auf der Hand, daß in solchen die Einrede nicht zulässig ist, wenn es sich um Zahlung der laufenden Mitgliederbeiträge handelt. Vgl. Enneccerus-K.-W. I, 2 S. 458.

[86]) Daher ist die Einrede in der Regel ausgeschlossen bei Verpflichtungen, die Dienste, Arbeits- oder eine sonstige Dauertätigkeit zum Gegenstande haben, da bei diesen nach Analogie der entsprechenden Vorschriften des Dienst- oder Werkvertrages (§§ 614, 641) beim Fehlen abweichender Vereinbarungen eine stillschweigende Vorleistungspflicht des die Tätigkeit Ausübenden anzunehmen ist. Siehe Oertmann § 705, 4, c αα. Oebike S. 19—21; ferner Tödter S. 19.

[87]) Diese Besonderheit tritt in einer kleinen wie in einer größeren Gesellschaft hervor. Nur aus Zweckmäßigkeitsgründen ist sie an dieser Stelle behandelt.

Das gemeinsame Vermögen ist eine von dem Einzelvermögen der Gesellschafter getrennte Vermögensmasse, und es entspricht den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft, fremdes Vermögen, das mit eigenem zusammenverwaltet wird, von letzterem stets gesondert zu halten, schon weil leicht eine andere Handlungsweise sich strafrechtlich als Unterschlagung darstellen würde. Alle Gesellschafter, auch der oder die Geschäftsführer haben somit ihre Beiträge an die gemeinsame Kasse zu entrichten. Kommt es nicht zur Klage, so macht diese Einzahlung keine praktischen Schwierigkeiten; denn die Empfangnahme der Beiträge gehört zur Geschäftsführung,[88]) da sie an alle zusammen zu erfolgen hat, also eine Angelegenheit der „Gesellschaft" ist.

Die Zwangsvollstreckung gestaltet sich folgendermaßen: Nach § 322 BGB. erfolgt, wenn die Einrede des § 320 erhoben wird, zunächst Verurteilung des säumigen Genossen zur Beitragsleistung an die Geschäftsführer Zug um Zug, d. h. zur Leistung gegen Empfang der Gegenleistung, hier zur Beitragsleistung an die Kasse gegen entsprechende Beitragsleistung des anderen.

Gemäß § 322 Abs. 3 regelt sich die Durchführung des Urteils nach § 274 Abs. 2, welcher bestimmt:

> Auf Grund einer Verurteilung Zug um Zug kann der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Gegenleistung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzuge der Annahme ist.

§ 756 ZPO. verlangt, daß dieser Beweis, bevor der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung beginnen kann, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist oder aber gleichzeitig zugestellt wird. Andernfalls muß der Gläubiger dem Schuldner nach § 756 ZPO. durch den Gerichtsvollzieher die ihm gebührende Leistung in einer dem Verzug der Annahme begründenden Weise anbieten oder aber wiederum vor Beginn der Zwangsvollstreckung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden den Beweis erbringen, daß der Schuldner be-

---

[88]) Knoke S. 56; vor allen in klarer Abgrenzung der Geltendmachung des Anspruches auf die Beiträge und deren Empfangnahme Goldmann-Lilienthal I S. 742 Anm. 5; Haas S. 4.

friedigt ist und diese Urkunden oder auch Abschrift dieser Urkunden vorher oder gleichzeitig zustellen lassen.[89])

Der Anspruch des Schuldners, der befriedigt werden soll, besteht nun in dem Recht von seinem Genossen Leistung an das Gesellschaftsvermögen, d. h. an die Geschäftsführer zu verlangen. Daher treffen die angeführten Gesetzesstellen wörtlich nur den Fall, daß der beklagte Genosse Geschäftsführer ist, weil nur dann ihm die gebührende Leistung angeboten werden kann.[90]) Im allgemeinen wird aber das Gegenteil der Fall sein; gerade die Geschäftsführer werden die Klage erheben.[91]) Dann wie in den sonstigen Fällen bleibt für die Zwangsvollstreckung nur der Beweis durch die genannten Urkunden übrig, daß der Schuldner befriedigt oder im Annahmeverzuge ist, d. h. daß der Kläger seinerseits an die Gesellschaftskasse gezahlt hat oder daß die Geschäftsführer als deren Verwalter die Annahme verweigert haben, — wodurch sie sich eventuell nach den §§ 713, 664—670, 708 den andern gegenüber schadensersatzpflichtig machen.

Diese Abschweifung leitet uns über zur Betrachtung der Rechtsverhältnisse in einer Gesellschaft, die aus mehr als zwei Personen besteht.

Zwei Fälle sind hier denkbar:

Einmal ist es möglich, daß der in Anspruch Genommene die exceptio n. a. c. nur aus der bisherigen Nichtleistung des ihn Verklagenden herleitet. Dieser Fall findet seine Erledigung wie in einer nur zweiköpfigen Gesellschaft.

Nicht so einfach regeln sich aber die Verhältnisse, wenn sich der Beklagte auf die Nichtleistung eines dritten, vierten usw. Gesellschafters

---

[89]) Der Einfachheit halber sei der Fall außer acht gelassen, daß der Gläubiger diese Nachweisung nicht zu beschaffen vermag. Er ist dann auf den Weg des § 731 ZPO. (Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel) angewiesen.

[90]) Zwar haben alle Anspruch auf die Leistung des einzelnen, dieser selbst ausgenommen. Doch ist dies kein gesamthänderischer Anspruch, sondern ein individueller, nur daß er bei allen demselben Ziele zustrebt. Daher sind die in § 756 ZPO. gebrauchten Worte „die ihm gebührende Leistung" zutreffend. Anders hingegen mit dem in § 320 Abs. 1 Satz 2 BGB. enthaltenen Ausdruck „der ihm gebührende Teil". Hierüber siehe S. 27.

[91]) wiewohl jeder Gesellschafter dazu befugt ist. Vgl. den 2. Hauptteil der Abhandlung.

beruft, während der Kläger mit seiner Leistung entweder nicht rückständig ist, oder dies vom Beklagten nicht gerügt wird.

Die Rechtsprechung bietet keine Entscheidung darüber, und in der Wissenschaft sind wie so oft bei den hier behandelten Fragen zwei gegenteilige Ansichten vertreten, zwischen denen eine dritte zu vermitteln sucht.

Einige lassen unbedenklich die Einrede im vorliegenden Falle zu. Nach ihnen kann sich ein in Anspruch genommener Gesellschafter auf die Nichtleistung irgend eines anderen berufen.[92]) Andere hingegen weisen auf die praktischen Schwierigkeiten hin, die bei der Verwirklichung der ersteren Ansicht entstehen würden und lassen deshalb wie aus Billigkeitsrücksichten die Einrede zu, falls gerade der Kläger noch nicht geleistet hat, lehnen sie dagegen sonst durchweg ab.[93]) Vermittelnd unter Hinweis auf die besonderen Umstände des Einzelfalles entscheidet sich Enneccerus-Lehmann,[94]) dem sich Nicolai[95]) und Enneccerus-Kipp-Wolff[96]) anschließen.

Eine kurze Überlegung zeigt, daß weder die eine noch die andere Ansicht zu ganz befriedigenden Ergebnissen führt. Hierbei bietet die Annahme von Grenzfällen ein gutes Mittel zur Erprobung der praktischen Brauchbarkeit der einen oder anderen Theorie.

Es ist kein Grund vorhanden, mit Planck als dem Vertreter der zu zweit genannten Anschauung bei mehr als zwei Mitglieder zählenden Gesellschaften zu unterscheiden, ob gerade der Kläger schon geleistet hat oder nicht. Das Gesetz kennt eine derartige Unterscheidung nicht, sondern stellt es nur darauf ab, ob überhaupt ein gegenseitiger Vertrag vorliegt. Ist aber der Gesellschaftsvertrag ein solcher, so ist die Einrede des nichterfüllten Vertrages so weit zuzulassen, als es irgend möglich ist. Die Unbilligkeit, die darin liegt, daß einer dem andern gegenüber ev. vorzuleisten gezwungen wird, bleibt die gleiche.

---

[92]) Cosack II § 279 I 3c. Goldmann-Lilienthal I S. 739 Anm. 23. Crome II S. 772 Anm. 18.

[93]) Planck II S. 713, 1b; ferner Crome II S. 772; Knoke S. 43, 44; auf ihn sich beziehend Eschelbacher S. 27, Riccius S. 53, 54, Haase S. 40. Krahmer S. 92, Philipp S. 45, Reichsgerichtsr. § 705, 3, Rettig S. 18, Staudinger-Kober § 705, V.

[94]) I § 30 II.

[95]) S. 40—43.

[96]) 1. Band 2. Abt. S. 458.

Sie kann z. B. bei hohen Beiträgen und einer größeren Gesellschafterzahl dahin führen, daß der eine von etwa zwölf ein hohes Kapital einbringen muß, während die anderen zehn — vom Kläger abgesehen — noch nicht geleistet haben; er hat dann kein Mittel, seinerseits durch eine Einrede die anderen Säumigen zur Zahlung zu veranlassen, und inzwischen lastet das ganze Risiko des Betriebes auf ihm fast allein; dieses Risiko würde sich nicht nur mindern, sondern vielleicht gar nicht vorhanden sein, wenn alle anderen gleichfalls ihre Beiträge geleistet hätten.

Knoke[97]) macht ferner für die Planckſche Auffassung geltend, sie allein führe zu brauchbaren Ergebnissen, die gegnerische hingegen dahin, daß die Leistungen überhaupt nicht erzwungen werden könnten, und führt dies näher aus.[98]) Dieser Grund ist indes nicht durchschlagend, jedenfalls nur beschränkt richtig; denn man kann Rechtsfragen nicht durch Hinweise auf die tatsächlich leichtere oder schwierigere Verwirklichung der verschiedenen Lösungen entscheiden, falls man überhaupt einen festen Standpunkt sich wahren will.

Man wird im Gegenteil davon ausgehen müssen, daß die Einrede jedem Gesellschafter jedem gegenüber zusteht und nur zu prüfen haben, inwieweit die nicht zu leugnende Eigenart des Gesellschaftsverhältnisses eine solche Gestaltung zuläßt.

Diese Auffassung steht mit dem Gesetz in vollem Einklang. Freilich läßt sich die Einrede nicht aus § 320 Abs. 1 Satz 2 herleiten.[99]) Zwar erfolgt die Leistung jedes Gesellschafters an mehrere, nämlich an alle, aber keinem von ihnen *gebührt*, wie das Gesetz fordert, ein *bestimmter Teil*; sie sind nicht Teilgläubiger, sondern jeder kann die Leistung an alle fordern, sie sind also gleichberechtigt neben einander stehende Gläubiger auf das Ganze. Dabei wird meist angenommen,[1]) daß § 432 Platz greift, da es sich bei der Gesellschaft um durch ihren *Zweck* unteilbare Leistungen handele. Es reicht aber zur Rechtfertigung der Einrede § 320 Abs. 1 Satz 1 völlig aus. Wir brauchen uns nur darüber klar zu werden, welches die „Gegenleistung"

[97]) S. 43.

[98]) S. 44.

[99]) Allgemeine Ansicht der Literatur.

[1]) z. B. von Staudinger-Kober § 705 Vb. Oertmann § 705, 4d. Nicolai S. 49, 50. Rettig S. 19. Riccius S. 44—46. R.-G. Bd. 70 S. 32 ff. A. A. Knoke S. 34, 35. Philipp S. 18 Anm. 3. Vgl. dazu unten S. 35.

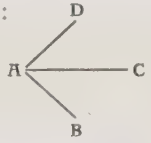
ist, die der „Leistung" des einzelnen gegenübersteht: Ist damit die Einzelleistung eines der anderen Gesellschafter gemeint? Diese Frage muß verneint werden; denn dasjenige, um dessentwillen sich der einzelne Gesellschafter verpflichtet, wird nicht nur durch die Leistung des Klägers, sondern durch die Summe aller Leistungen der übrigen Gesellschafter dargestellt. Also ist Krahmers Ansicht abzulehnen, der [2]) im Anschluß an Ehrenberg ausführt: Zwischen je zweien der Gesellschafter entsteht also jedesmal ein gegenseitiges Schuldverhältnis; das gibt . . bei zwei Mitgliedern eins, bei drei Mitgliedern drei, bei vier Mitgliedern sechs . ." Aus dem gleichen Grunde ist Eschelbachers Meinung [3]) verfehlt, die Einrede könne deshalb nicht auf die Nichtleistung eines dritten Gesellschafters gestützt werden, weil der Gesellschaftsvertrag aus einer Summe einzelner Schuldverhältnisse zwischen je zwei Mitgliedern bestehe; daher könne, wenn A. gegen D. klage, D. nur aus dem Schuldverhältnis A.-D. Rechte herleiten, aber nicht aus einem anderen z. B. B.-D.

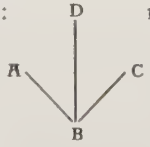
Vielmehr ist davon auszugehen, daß jeder einzelne mit der Gesamtheit der übrigen den Vertrag abschließt. Die Gesamtgegenleistung bildet daher das Äquivalent seiner eigenen.[4]) Bis zu

[2]) S. 81; ebenso Riccius S. 54. Haase S. 39.

[3]) S. 27; ebenso Riccius S. 54.

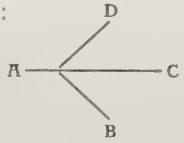
[4]) Schematisch stellt sich das Verhältnis bei vier Gesellschaftern A, B, C und D nicht (wie Krahmer meint) so dar

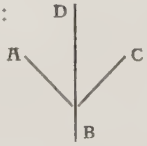
für A: 

und für B: 

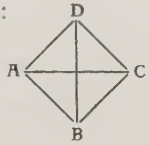
usw.,

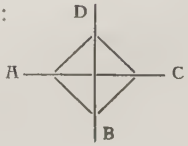
sondern in folgender Weise,

für A: 

und für B: 

usw.,

so daß sich als Gesamtbild nicht diese Figur ergibt: 

sondern folgende: 

deren vollständiger Bewirkung kann er grundsätzlich seine eigene Leistung verweigern; [5] [6] er kann also die Einrede mit Erfolg auf die Nichtleistung eines nichtklagenden Genossen stützen.[7]

Jedoch bedarf diese Einrede noch einer bestimmten Einschränkung. Wie schon erwähnt, betont Knoke [8] in Rechtfertigung seiner gegnerischen Anschauung die praktische Unbrauchbarkeit der eben verfochtenen Meinung. Gewiß darf dies nicht dahin führen, die Frage nun nur nach Zweckmäßigkeitsgründen zu entscheiden und von vornherein die Einrede deshalb auszuschalten. Indes hat Knoke insofern Recht, als es gilt, das gewonnene Ergebnis so zu gestalten, daß es praktisch brauchbar ist. Denn die Rechtswissenschaft ist in dem Sinne eine durchaus praktische Wissenschaft, als eine richterliche Entscheidung, die nicht vollstreckbar ist, für die Rechtssuchenden völlig wertlos ist, ja eine tatsächliche Entrechtung bedeutet.

Es gilt aber für die Umgestaltung der Grundsatz, das gefundene Resultat nur insoweit zu verändern, als ein unabweisbarer Zwang dazu vorhanden ist.

Die oben gegebene Entscheidung krankt nämlich daran, daß sie so, wie sie lautet, nicht immer verwirklicht werden kann. Denn greift

---

wobei die Linien zwischen den einzelnen dann sowohl die Ansprüche auf die Leistungen wie die entsprechenden Verpflichtungen bedeuten.

[5] Goldmann-Lilienthal I S. 739 Anm. 22, 23, 24. Oertmann § 705, 4c. Staub § 109 Anm. 5. Nicolai S. 61; in klarer Ausführung Hoeniger S. 248, 249.

[6] Damit ist eine grundsätzliche Anschauung über die Rechtsverhältnisse in der Gesellschaft gewonnen. Sie bewahrt uns vor den in der Literatur bei Behandlung unserer Fragen leider fast allgemein üblichen Hinweisen auf die jeweiligen praktischen Folgen bei Anwendung oder Nichtanwendung des einen oder anderen Paragraphen, also vor opportunistischer Gesetzesauslegung, und ist als ein rechtlicher Grundgedanke allein geeignet zu einer sicheren und sich gleich bleibenden Auslegung der §§ 320—327.

[7] Um von vornherein ev. Bedenken zu zerstreuen, sei hier die Aeußerung Goldmann-Lilienthals I S. 739 zitiert: „Für die Verhinderung eines Mißbrauchs der Einrede ist beim Gesellschaftsvertrage die Vorschrift des Absatz 2 des § 320 von besonderer Erheblichkeit. Ist die Gesamtgegenleistung nur noch teilweise rückständig, so wird die Leistung, selbst wenn der rückständige Teil verhältnismäßig nicht geringfügig ist, oft nicht verweigert werden können, weil die Verweigerung nach den sonstigen Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen würde." Vergl. die in Anm. 23 dort angeführten Beispiele.

[8] S. 43.

z. B. bei einer Gesellschaft mit den Mitgliedern A., B. und C., in der B. von A. auf Zahlung verklagt einwendet, C. habe seinerseits noch nicht geleistet, die Einrede des B. durch, so erfolgt nach § 322 seine Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug, d. h. zur Zahlung an die Gesellschaftskasse gegen entsprechende Zahlung des C. Falls nun letzterer nicht freiwillig zahlt, ist der Kläger A. machtlos. Denn die Vollstreckung des Urteils setzt Anbietung der Gegenleistung, hier der Leistung des C. voraus [9]), und A. hat kein Mittel, die Zahlung des C. zu veranlassen. Zwar könnte er ebenfalls gegen C. klagen. Indes auch C. könnte dann im Verhältnisse zu B. die gleiche Einrede erheben und würde damit durchdringen. Von diesem Urteile würde dasselbe gelten wie von dem ersten gegen B., und somit trotz zweier obsiegender Erkenntnisse keine Vollstreckung möglich sein.[10])

Aus diesem circulus vitiosus muß ein Ausweg gefunden werden. Die Motive überlassen ausdrücklich [11]) die Anwendung und Verarbeitung der Regeln über die gegenseitigen Verträge im Gesellschaftsrecht der Wissenschaft und Praxis. Die Anwendung jener allgemeinen Regeln, so weit sie irgend möglich ist, liefert ein nicht befriedigendes Ergebnis. Folglich ist eine geringe Umgestaltung dieser Sätze nicht zu vermeiden; ihre allgemeine Fassung muß den besonderen Verhältnissen angepaßt werden.

Der Zweck der Einrede des nichterfüllten Vertrages — man mag sie als exceptio doli auffassen oder nicht — ist der, zu verhüten, daß ein Kontrahent zur Vorleistung gezwungen wird. Sie führt aber hier dahin, daß niemand zur Leistung überhaupt gezwungen werden kann, hat also einen über ihren Zweck hinausgehenden Erfolg. Demgemäß muß sie soweit abgeschwächt werden, als nötig ist, um den Zwang zur Leistung gegen die anderen Gesellschafter nicht illusorisch zu machen.

Dies erreicht man dadurch, daß man dem Beklagten nicht das Recht gibt, die Leistung zu verweigern, bis auch ein anderer geleistet habe, sondern nur eine Einrede gibt des Inhalts, die Leistung zu verweigern, wenn nicht auch der oder die andern Gesell-

---

[9]) Vgl. ZPO. § 726 Abs. 2, § 756; BGB. § 294, § 322 Abs. 3, § 274 Abs. 2.

[10]) Knoke S. 44; auf ihn sich beziehend Riccius S. 53, 54; Haase S. 40; Eschelbacher S. 27; Nicolai S. 39; ferner Philipp S. 45, 46.

[11]) II S. 598

schafter gleichzeitig in Anspruch genommen werden. Das Urteil muß dann lauten:

Der Beklagte wird verurteilt zur Leistung gegen gleichzeitige Leistung der anderen.[12])[13])

Schließlich wäre die Zwangsvollstreckung nur statthaft, wenn der Gerichtsvollzieher dem Schuldner den Nachweis lieferte, daß diese gegen die anderen Gesellschafter gleichfalls betrieben werde.

Durch eine solche Gestaltung werden am besten die Interessen aller Beteiligten gewahrt, eine Vorleistung eines einzelnen verhindert und so dem Grundgedanken der Einrede des nichterfüllten Vertrages zur Geltung verholfen.

Zur Stützung des soeben Dargelegten diene die Ansicht Enneccerus-Kipp-Wolffs. Bei Darstellung der leitenden Sätze der Rechtsfindung [14]) stellt er selbst als Erfordernis auf, daß eine abändernde Gestaltung des gesetzgeberischen Gedankens nur mit äußerster Besonnenheit vorzunehmen sei. Dennoch zieht er selbst an gleicher Stelle [15]) vorliegenden Fall als ein „interessantes Beispiel für eine solche Umgestaltung im Rechte des BGB." heran und führt später [16]) näher aus: „Richtiger erscheint es daher, den dem § 322 unterliegenden Grundgedanken für diesen Fall dahin auszugestalten, daß dem einzelnen auf den Beitrag belangten Gesellschafter eine Einrede zusteht, wenn nicht auch die übrigen auf ihren Anteil belangt werden." Die gleiche Auffassung vertritt Oertmann [17]) vom Standpunkt des Klägers aus, und Crome [18]) läßt ebenfalls eine derartige Einrede zu. Diese Umformung bezw. Anpassung der exceptio non adimpleti contractus wird auch in der Praxis keine Schwierigkeiten bereiten.

---

[12]) Praktisch drängt eine solche Verurteilung dahin, daß der Kläger unter Anbietung seiner Leistung alle Säumigen mit ein und derselben Klage auf Leistung belangt, ein Verfahren, das auf jeden Fall empfehlenswert ist.

[13]) Zur leichteren Durchführung des Urteils müßte ein bestimmter Termin für die gleichzeitige Zwangsvollstreckung bei den verschiedenen Gesellschaftern festgesetzt werden.

[14]) 1. Bd. 1. Abt. S. 115.

[15]) S. 115 Anm. 4.

[16]) 1. Bd. 2. Abt. S. 458.

[17]) § 705, 4.

[18]) Bd. II S. 772 Anm. 18.

II. § 321.

Dieser Paragraph bestimmt:

> Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn nach dem Abschlusse des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.

Damit ist für alle gegenseitigen Verträge in gewissem Umfange, nämlich als implicite in der ausbedungenen Vorleistungspflicht gelegen, die sogenannte clausula rebus sic stantibus in das moderne Recht aufgenommen worden.[19])

Die Bestimmungen des § 321 sind theoretisch nicht von großem Interesse, sondern bedürfen nur einer geschickten und sicheren Auslegung durch die Praxis, vor allen der Begriff einer nach Vertragsschluß in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eintretenden wesentlichen Verschlechterung.[20])

Bei einer Gesellschaft von zwei Personen ergibt sich die Anwendung des § 321 ohne weiteres.

Bei einer größeren Gesellschaft hingegen taucht die wichtige Frage auf: Ist die Einrede zulässig, wenn nur bei einem Gesellschafter eine derartige Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen eintritt, oder muß eine solche bei allen Gegenkontrahenten vorhanden sein, oder aber genügt es, wenn diese, sei es bei einem oder mehreren, jedenfalls so groß ist, daß dadurch der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird?

In der Literatur wird die Anwendung des § 321 in einer größeren Gesellschaft nur wenig behandelt.[21]) Am ausführlichsten bespricht sie

---

[19]) Einen weiteren Anwendungsfall dieser bei ihrer allgemeinen Zulässigkeit das Privatrecht fast ganz auflösenden Einrede enthält § 610 für das pactum de mutuo dando. — Im früheren Recht gab es keine derartige Bestimmung für die gegenseitigen Verträge. Siehe Tödter S. 19—22. Krahmer S. 38. Keutner S. 38.

[20]) Vgl. dazu die im Kommentar der Reichsgerichtsräte § 321 aufgeführten Beispiele; ferner Haase S. 44.

[21]) Ueberhaupt nicht z. B. von Riccius S. 53. Haase S. 44. Philipp S. 46.

Nicolai [22]) und Rettig [23]); vielfach werden die §§ 320—322 summarisch behandelt.[24]) Der Kommentar der Reichsgerichtsräte [25]) spricht sich dahin aus, daß die Einrede des § 321 grundsätzlich auch dann gegeben sei, wenn bei mehr als zwei Gesellschaftern sich die Vermögensverhältnisse im Ganzen bei den übrigen Gesellschaftern, die dem zur Vorleistung Verpflichteten gegenüber stehen, wesentlich verschlechtert haben.

Die Rechtsprechung bietet keine Entscheidung zu unserer Frage.

Bei diesen spärlichen Anhalten wird es zweckmäßig sein, folgendes zu beachten: Es handelt sich darum zu bestimmen, wer bei einer Gesellschaft der andere Teil ist, der die Gegenleistung möglicherweise nicht mehr zu bewirken vermag. Die Antwort liegt in dem Seite 28 Gesagten enthalten. Dort ist ausgeführt, daß die für einen Gesellschafter in Frage kommende Gegenleistung die Gesamtleistung aller übrigen Genossen ist; daraus folgt, daß für die Gegenleistung diese als e i n e Partei anzusehen sind, also zusammen nach § 321 den andern Teil bilden. Entsprechend ist die Frage, ob eine wesentliche Verschlechterung der Vermögenslage des andern Teils vorliegt, danach zu beantworten, ob bei allen anderen Gesellschaftern zusammen oder ob bei einem oder einzelnen von ihnen eine wesentliche finanzielle Verschlechterung eingetreten ist, die derart ist, daß durch sie der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird. Ist dies der Fall, dann steht dem Vorleistungspflichtigen das Verweigerungsrecht des § 321 zu. Dies Ergebnis dürfte auch der Billigkeit entsprechen; denn um der Gesamtgegenleistung willen hat sich der eine Teil verpflichtet, und ist deren Bewirkung im wesentlichen Maße gefährdet, dann ist die Lage genau die gleiche wie bei den andern gegenseitigen Verträgen.

Nicolai [26]) wirft zur Widerlegung unserer Ansicht die Frage auf: Wie käme — wenn A. gegen den vorleistungspflichtigen B. klagt, dieser mit Rücksicht auf die in den Verhältnissen des C. eingetretene Ver-

---

[22]) S. 44 ff.; auf ihn bezugnehmend Krahmer S. 92 Anm. 29.

[23]) S. 19 ebenso wie Nicolai ablehnend. Er geht aber von einer anderen rechtlichen Grundanschauung aus als diese Abhandlung und muß daher folgerecht zu seinem Ergebnis gelangen.

[24]) Z. B. von Goldmann-Lilienthal I S. 739; Planck Vorbem. IV. 1a vor § 705.

[25]) § 321.

[26]) S. 46.

schlechterung seinen Beitrag verweigert, und nun A., um mit der Klage durchzudringen, nach § 321 Sicherheit leistet — A. dazu, für die Vermögensverschlechterung seines Mitgesellschafters C. Sicherheit zu leisten? Dem entgegnen wir, daß es, wenn A. Geschäftsführer ist, seine Pflicht ist, die Beiträge einzuziehen und daß er nach den §§ 713, 670 Ersatz für alle Aufwendungen, die er in dieser Eigenschaft gemacht hat, von der Gesellschaft beanspruchen kann, z. B. wenn er zum Zweck der Sicherheitsleistung eine größere Summe aus seinem eigenen Vermögen hinterlegt und dadurch einen Zinsverlust erleidet.[27]) Ist er aber nicht Geschäftsführer, so besteht für ihn auch keine Pflicht, die Beiträge von seinen Sozien einzufordern bezw. einzuklagen, und dann wird er, da er nur ein Recht, keine Pflicht ausübt, die etwa entstandenen Aufwendungen billigerweise selbst tragen müssen.[28])

Im einzelnen wird es in praxi Sache des freien richterlichen Ermessens sein, festzustellen, ob nach den besonderen Umständen des Falles eine solche Gefährdung des Anspruchs auf die Gegenleistung, wie sie § 321 erfordert, vorhanden ist oder nicht.

Über den sich auf § 321 beziehenden Absatz 2 des § 322 ist noch folgendes zu bemerken:

Er bestimmt: „Hat der klagende Teil vorzuleisten, so kann er, wenn der andere Teil im Verzuge der Annahme ist, auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen." Angenommen wiederum die Gesellschaft besteht aus drei Personen A., B. und C.[29]) und alle drei sind nach § 709 mangels besonderer Abrede zur Geschäftsführung berechtigt; A. hat vorzuleisten und dem B. die Leistung angeboten. Dieser hat deren Annahme abgelehnt; C. ist willens sie abzunehmen. Kann jetzt A. gegen B. und C. auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen, m. a. W. ist der „andere Teil" im Annahmeverzuge? Wir erinnern uns: Die Beiträge der Gesellschafter werden nach § 718 gemeinschaftliches Vermögen, demnach muß ihre Leistung an alle erfolgen und alle müssen sie als Erfüllung annehmen. Hat nun einer von ihnen dies verweigert, so kann nicht ein anderer die Annahme für sich vornehmen und sie für denjenigen, der sie abgelehnt hat, zugleich

[27]) Haas S. 52.

[28]) Ev. kann er nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen.

[29]) In einer noch größeren Gesellschaft sind die Verhältnisse natürlich die gleichen.

nachholen; also ist sie durch den „andern Teil" überhaupt nicht geschehen. Daraus folgt: Der Verzug des einen Gesellschafters wirkt gegen die anderen, so daß A. in dem angeführten Beispiele trotz seiner Vorleistungspflicht ohne weiteres auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen kann.[30])

Als beiläufiges Ergebnis gewinnen wir zugleich die richtige Beurteilung für die oben[31]) erwähnte Ansicht, § 432 finde auf die Verpflichtungen der Gesellschafter Anwendung. Er setze zwar eigentlich eine dem Gegenstande nach unteilbare Leistung voraus, sei indessen hier entsprechend anzuwenden, da die Gesellschafterbeiträge „dem Zweck" nach unteilbare Leistungen seien.

Diese Hereinziehung des § 432 in das Gesellschaftsrecht ist u. E. teils unzutreffend, teils überflüssig. Unzutreffend ist sie insofern, als in der Gesellschaft, wie eben dargelegt, der Verzug eines gegen alle wirkt, während aus § 432 Abs. 2 das Gegenteil folgen würde[32]) und es noch einer genauen Nachprüfung bedarf, ob es sich mit den „anderen Tatsachen, die nur in der Person eines der Gläubiger eintreten," nicht ebenso verhält. So bliebe nur § 432 Abs. 1 als anwendbar übrig. Ihn heranzuziehen ist aber überflüssig; denn aus ihm geht nicht hervor, was in der Gesellschaft Rechtens ist, sondern *weil* die Verhältnisse in dieser sich so gestalten, wie er es für einen ähnlichen Fall vorsieht, wird er zitiert. Diese Regelung geschieht in der Gesellschaft nämlich nach § 718 Abs. 1. Danach werden die Beiträge gemeinschaftliches Vermögen, also haben die Mitglieder die Pflicht, sie zu solchem zu machen, d. h. an alle zu leisten.[33]) Selbst zugegeben, die Beitragsforderungen seien durch ihren Zweck unteilbare, so bleibt doch § 432, weil er für die rechtliche Erkenntnis nichts Neues bietet, am besten als fremdes Element aus dem Gesellschaftsrecht ausgeschlossen.[34])

---

[30]) Ebenso Nicolai S. 50. Ob sich derjenige, der die Annahme der Leistung verweigert, den anderen schadensersatzpflichtig macht, ist eine andere Frage.

[31]) S. 27 dieser Abhandlung; vergl. die Anm. 1 ders. S.

[32]) Nach herrschender Ansicht; vgl. Oertmann § 432, 3; anders Planck § 432, 2.

[33]) Eschelbacher S. 22.

[34]) Ebenso Knoke S. 34, 35. Eschelbacher S. 22. Oertmann § 432 Anm. 1 d. § 718, 1 c. OLG. Frankfurt Recht 1908, Nr. 482. Staudinger-Kober § 705, V c folgert aus § 432 sogar, daß der Schadensersatzanspruch (wie der Rücktritt vom Vertrage) nach §§ 395, 326 nur einstimmig von den übrigen geltend gemacht werden kann.

III. Unmöglichkeit der Leistung.[35])[36])

Bei Behandlung der Unmöglichkeit der Leistung folgen wir der Anordnung des BGB. und unterscheiden demnach die von „keinem der beiden Teile" (d. h. zufällige, § 323), die vom „andern Teil" (§ 324) und die vom „Leistenden" (§ 325) zu vertretende Unmöglichkeit. Die genannten Paragraphen sind durch ihre Ausdrucksweise den gewöhnlichen gegenseitigen Verträgen mit je einer Partei auf jeder Seite vorzüglich angepaßt, so daß ihre Anwendung auf eine aus nur zwei Personen bestehende Gesellschaft keinen Schwierigkeiten begegnet; daher sollen deren Verhältnisse nur ausnahmsweise behandelt, im allgemeinen aber nur von einer größeren Gesellschaft gesprochen werden.

Dann sei für die Fälle der Unmöglichkeit im allgemeinen bemerkt, daß nach § 726 die Gesellschaft von selbst endigt, wenn die Erreichung ihres Zweckes unmöglich wird. Im einzelnen ist es quaestio facti, ob dies dadurch eintritt, daß einem Sozius die Leistung unmöglich wird. Es wird um so leichter der Fall sein, jemehr es auf die Person und die Leistungen des einzelnen Gesellschafters ankommt. Jedenfalls ist es denkbar, daß § 726 mit einer im folgenden erwähnten Möglichkeit zusammentrifft, und dann kommt ihm, da er kraft Gesetzes eine Auflösung der Gesellschaft eintreten läßt, der Vorrang vor den sonst vielleicht den Sozien gewährten Befugnissen zu; die dann notwendige Auseinandersetzung erfolgt nach den §§ 730 ff.

Ein anderer Ausweg, durch den mancherlei Schwierigkeiten umgangen werden, kann durch Vereinbarung der Gesellschafter im einzelnen Falle geschaffen sein. Wird nämlich einem Sozius die Erfüllung einer ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtung unmöglich, so kann nach § 723 die Gesellschaft von jedem der übrigen Teilnehmer gekündigt werden. Es kann nun aber im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt, das Verhältnis mit den übrigen fortbestehen soll; in solchem Falle kann das betreffende Mitglied, dem die Leistung unmöglich wird, nach § 737 ausgeschlossen

[35]) Die Folgen der Unmöglichkeit in der Gesellschaft nach römischem und gemeinem Recht sind behandelt von Nicolai S. 15 ff., Haase S. 23 ff., Knoke S. 45 Abs. 1; vgl. ferner die Nachweise bei Krahmer S. 134 Anm. 29.

[36]) Es kommt nur die nachträgliche Unmöglichkeit hier in Betracht; bei ursprünglicher Unmöglichkeit aller Leistungen entscheidet § 306, bei solcher der Leistung eines einzelnen § 139.

werden und zwar durch Erklärung ihm gegenüber, die einen gemeinschaftlichen Beschluß aller übrigen voraussetzt.[37])

Diese beiden Möglichkeiten, die die härtesten Folgen einer für das feine und komplizierte Gewebe der Rechtsverhältnisse in einer Gesellschaft verderblichen rein mechanischen Gesetzesanwendung ausschalten dürften,[38]) wollen wir uns bei der folgenden Besprechung der Einzelfälle stets vor Augen halten und brauchen deshalb darauf nicht an den verschiedenen Stellen besonders hinzuweisen.

Schließlich mag noch erwähnt werden, daß für das in dem § 325 (und für den Verzug in § 326) gewährte Rücktrittsrecht nach § 327 die Normen über den vertragsmäßigen Rücktritt, also die §§ 346—361 Anwendung finden; danach muß z. B. gemäß § 349 der Rücktritt dem anderen Teil gegenüber erklärt werden.

1) § 323.

Wenden wir uns zunächst der im § 323 behandelten sogenannten zufälligen Unmöglichkeit zu — ohne letztere Eigenschaft im folgenden stets hervorzuheben —, so müssen wir, ehe wir ausführen können, *wie* diese Bestimmung anzuwenden ist, zuvor die mit Rücksicht auf § 723 aufgetauchte Frage beantworten, *ob* sie überhaupt neben letzterer als einer lex specialis Geltung hat.

In der Literatur sind die mannigfachsten Ansichten darüber vertreten und meist mit verschiedenen praktischen Rücksichten begründet. Einige lehnen § 323 für den Gesellschaftsvertrag überhaupt ab; so Cosack[39]) mit der, wie unten nachzuweisen ist, in dieser Allgemeinheit unzutreffenden Begründung, daß sonst die Gesellschaft von Rechtswegen aufgelöst würde und dies den Interessen der Parteien keineswegs entspräche; Windscheid-Kipp[40]) deswegen, weil nach § 723 die Unmöglichkeit der einem Gesellschafter obliegenden Leistung den anderen nur ein Kündigungsrecht gewähre;[41]) Rettig[42]) aus dem

---

[37]) § 737, Satz 2 und 3.

[38]) Motive II S. 600, Riccius S. 82.

[39]) II § 279 I 3c.

[40]) II S. 785; vgl. Kleineidam S. 162.

[41]) Aus dem gleichen Grunde wird § 323 für eine Gesellschaft von mehr als zwei Personen abgelehnt von OLG. Marienwerder, OLG.-Entsch. Bd. 8 S. 80 f.

[42]) S. 20.

Grunde, weil bei Anwendung des § 323 auf die Gesellschaft insofern eine Kollision eintreten würde, als die Gesellschafter einem Gesellschafter gegenüber zur Leistung ihrer Beiträge nicht verpflichtet, den anderen gegenüber aber verpflichtet wären.

Andere lassen beide Paragraphen neben einander gelten,[43]) und wieder andere wenden in einem bestimmten Falle, nämlich wenn sonst noch keine gemeinschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten vorhanden sind, nur § 323, sonst nur § 723 an.[44])

Nun ist doch wohl gewiß, daß eine lex specialis nur dann vorliegt, wenn ein Rechtssatz einen in einer anderen Gesetzesbestimmung enthaltenen Tatbestand für einen engeren Fall herausgreift und ihm andere Folgen verleiht, als in dem allgemeinen Rechtssatze ausgesprochen sind. Nur nach diesem Kriterium ist richtigerweise das Verhältnis des § 723 zu § 323 zu prüfen.

Ist danach § 723 enger als § 323? Diese Frage ist teils zu bejahen, teils zu verneinen. Es ist selbstverständlich, daß § 723 nur für die Gesellschaft gilt, insofern also den besonderen Rechtssatz darstellt. Auf der anderen Seite spricht aber § 323 nur von den Rechtsfolgen, die für „den Teil, dem die Leistung unmöglich wird", ipso jure eintreten, hingegen gewährt § 723 jedem einzelnen Gesellschafter ein Recht in diesem Falle, nämlich die Befugnis, die Gesellschaft zu kündigen; insofern ist § 723 der weitere Rechtssatz.

Daraus ergibt sich, daß, weil § 723 keine lex specialis ist, beide Bestimmungen zur Anwendung gelangen müssen.[44a])

Bei Übersetzung des 1. Halbsatzes des § 323 in die unsern Fall treffende Ausdrucksweise[45]) lautet dieser:

> „Wird die aus dem Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter obliegende Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch die anderen Gesellschafter zu vertreten haben, so verliert er den Anspruch auf die Gesamtgegenleistung."

---

[43]) Herrschende Ansicht, vertreten z. B. von Goldmann-Lilienthal § 194, 4b. Crome § 281 I. Kisch S. 57, 58. Nicolai S. 57. Haase S. 47. Riccius S. 57. Knoke S. 45 ff. Oertmann § 705, 4b. Planck Vorbem. IV, 2 vor § 705.

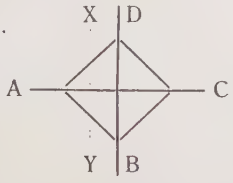
[44]) Planck (in früheren Auflagen nach einer Reihe Zitate bei verschiedenen Schriftstellern).

[44a]) Ebenso — aus praktischen Gesichtspunkten — Knoke S. 45 ff. Nicolai S. 52—59. Riccius S. 62. Haase S. 46 ff.

[45]) Sie findet ihre Begründung in dem S. 28, 29 Gesagten.

Zur Veranschaulichung der dann eintretenden Rechtsfolgen mögen folgende zwei Figuren dienen:

Fig. 1.



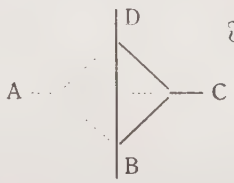


Fig. 2.

Gesellschaft von vier Mitgliedern A., B., C. und D. Die Verbindungslinien zwischen den einzelnen stellen sowohl die Ansprüche des betreffenden gegen seine Genossen wie deren Ansprüche gegen ihn dar.

Wird die Leistung z. B. des A. unmöglich, so braucht er nach § 275 nicht mehr zu leisten, andererseits verliert er den Anspruch auf die Gesamtgegenleistung; also zerfallen die Linien AB, AC AD und umgekehrt BA, CA, DA (in der Figur durch den Schnitt X—Y dargestellt). Die Rechtsverhältnisse zwischen den anderen bleiben jedoch bestehen, so daß sich die Gesellschaftsbeziehungen für die in Frage kommenden Leistungen wie in Figur 2 veranschaulicht darstellen.

Diese Methode wurde gewählt, um von vornherein eine feste und klare Anschauung zu vermitteln. Sind doch in der Literatur die verschiedensten Ansichten über die bei Anwendung des § 323 eintretenden Rechtsfolgen vertreten, so diejenige, die Gesellschaft löse sich dann automatisch auf.[46]) Selbst Autoren, die die Gesellschaftsverpflichtungen ebenso konstruieren wie es in dieser Abhandlung geschieht, lassen sich durch gewisse Erinnerungen an das Gebilde der gesamten Hand und durch vom Gesetz mißverständlich gewählte Ausdrücke wie „Förderung des gemeinsamen Zweckes“ [47]) verleiten, diese Anschauung zu vertreten.[48])

Festzuhalten ist mithin: Die Gesellschaft bleibt bei Anwendung des § 323 zunächst bestehen. Im folgenden wollen wir uns in kasuistischer Weise der Besprechung der denkbaren Einzelfälle — von den

---

[46]) Enneccerus-Kipp-Wolff I, 2 S. 459. Schmidt S. 19.

[47]) Vgl. dazu Hoeniger S. 215: „Der gemeinschaftliche Zweck, zu dessen Förderung die Gesellschafter nach § 705 verpflichtet sind, ist nichts weiter, als das gemeinsame Ziel, auf das hin sie ihre Leistungen zu richten haben; mit dem Motiv zum Vertragsschluß hat dieses Ziel nichts zu tun.“

[48]) Knoke S. 47, 48.

einfachsten ausgehend — zuwenden und, um die Darstellung der meist komplizierten Verhältnisse nicht noch mehr zu erschweren, die Ansichten der Literatur vorwiegend in den Anmerkungen behandeln.

Bei einer Gesellschaft von zwei Mitgliedern wird der Genosse, dessen Leistung unmöglich geworden ist, frei und verliert den Anspruch auf die Gegenleistung.[49])

Mehr kann man bei vorsichtiger Auslegung des § 323 zunächst nicht behaupten, insbesondere noch nichts darüber aussagen, ob sich die Gesellschaft gänzlich auflöst oder nicht. Denn eine solche erzeugt gewöhnlich mehr als *eine* Verpflichtung mit *einer* entsprechenden Gegenverpflichtung, von denen allein § 323 spricht.[50]) Die nach dieser Bestimmung eintretenden Folgen sind nämlich verschieden, je nachdem, ob die Gesellschaft schon längere Zeit bestanden und Rechte und Pflichten erworben hat, oder ob die nach dem Vertrage zur Begründung eingegangenen Verpflichtungen in Frage stehen.

Sind in letzterem Falle noch keine Geschäfte irgend welcher Art für die Gesellschaft vorgenommen worden, so löst sich diese von selbst auf;[51]) denn das die beiden Genossen verknüpfende Band zerfällt automatisch und vollständig; für ein ev. Verfahren zur Abwickelung der eingegangenen Geschäfte ist mangels solcher keine Veranlassung vorhanden. Hat aber die Gesellschaft schon längere Zeit bestanden, und wird dann einem Mitgliede die Beitragsleistung unmöglich, so greifen die §§ 730 ff. ein. Daß eine Auflösung der Gesellschaft eintritt, ergibt sich wie im zuerst angenommenen Falle. § 730 schreibt nun aber ganz allgemein für *jeden* Fall der Auflösung eine Auseinandersetzung vor, die nach § 731 in Ermangelung einer abweichenden Vereinbarung in Gemäßheit der §§ 732—735 erfolgen muß. Dies ist übersehen von Knoke,[52]) der meint, § 323 biete zur Abwickelung der Verhältnisse keine Handhabe, und es bleibe noch ein Bedürfnis, die Auflösung der

---

[49]) Oertmann § 705, 4c. Planck II Vorbem. IV 2a vor § 705. Nicolai S. 55, 56. Knoke S. 46. Riccius S. 56.

[50]) Kisch S. 57, 58 und Anm. 15. Krahmer S. 135. Oertmann § 705, 4c. Nicolai S. 55, 56. Planck II Vorbem. IV 2a vor § 705. Eine ohne weiteres stets eintretende Auflösung nehmen an außer den S. 39 Anm. 46 Genannten Cosack II § 279 I; Motive II S. 600; Matthiaß § 128 II 1b.

[51]) Oertmann und Planck a. a. O.; Staudinger-Kober § 705 Vd. Kisch (implicite) S. 57.

[52]) S. 46; auf ihn sich stützend Krahmer S. 135, Riccius S. 58.

Gesellschaft herbeiführen zu können. Auch Nicolai [53]) führt aus, für diesen Fall sei die Kündigung nötig und möglich und das einzige Mittel, welches durch seine Anwendung voll befriedigen könne. Daß dem nicht so ist, geht aus dem Gesagten hervor. Es braucht dabei nicht hervorgehoben zu werden, daß eine Kündigung nach § 723 außerdem stets möglich bleibt.

Bei der Auseinandersetzung ist zu beachten, daß, soweit der Gesellschafter, dessen Leistung nicht unmöglich geworden ist, seine nach § 323 nicht geschuldete Gegenleistung bereits bewirkt hat, er diese — nicht auch alle früheren Leistungen — nach § 323 Absatz 3 als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen kann.[54]) Bei Einbringung von Gegenständen besteht nun die Bereicherung offenbar darin, daß der andere Gesellschafter Gesamteigentum daran erlangt hat; also müssen die Gegenstände — falls eine Bereicherung überhaupt noch vorliegt — aus dessen Gesamteigentum wieder entlassen werden. Nach § 719 können aber die Gesellschafter nur gemeinschaftlich über das Vermögen verfügen. Da in dem Verlangen des einen auf Herausgabe seines unnötiger Weise geleisteten Beitrages zugleich seine Zustimmung zu einer diese Rückgabe bewirkenden Verfügung zu erblicken ist, muß demnach nur der andere Genosse noch diesem Verlangen entsprechen; so läßt sich der Anspruch glatt verwirklichen. Sind Dienste geleistet

---

[53]) S. 57; ferner Haase S. 48 und Windscheid-Kipp II Nachbem. 1c zu § 406.

[54]) Daraus folgt, daß § 323 nur dann als Mittel zur vollständigen Auseinandersetzung dienen kann, wenn das Ges.-Vermögen nur aus der überflüssiger Weise bewirkten Gegenleistung besteht: Haase S. 47, 48. Denn nach dem Wortlaut und Sinn des § 323 ist nur diese, da ihr eine entsprechende Leistung des anderen fehlt, eine ungerechtfertigte Bereicherung für den anderen. — Selbstverständlich braucht der Anspruch aus § 323 Abs. 3 nicht geltend gemacht zu werden (dadurch verbietet sich z. B. Philipps bestimmte Form der Aeußerung S. 48, 49), sondern es kann sofort über das tatsächlich vorliegende Gesellschaftsvermögen die Auseinandersetzung stattfinden. Welches Verfahren zweckmäßiger ist, entscheidet der Einzelfall; bisweilen ist eine vorherige Rückforderung des Geleisteten nach § 323 Abs. 3 vorzuziehen, weil danach, nicht aber nach den Auseinandersetzungsvorschriften Ersatz für geleistete Dienste und die Ueberlassung der Benutzung von Gegenständen beansprucht werden kann. Vgl. über diese Zweckmäßigkeitsfrage im einzelnen Knoke S. 47; Riccius S. 65; Haase S. 47, 48; Nicolai S. 57, 58. Ueber das erstere vgl. Kleineidam S. 138, 139.

worden, dann gestaltet sich die Rückerstattung ähnlich. Für sie ist nach § 818 der Wert aus dem Gesellschaftsvermögen zu ersetzen und auch zu einer derartigen Verfügung müssen beide Sozien in der geschilderten Weise zusammenwirken.[55]) Erst nach Abzug der Gegenleistung bezw. ihres Wertes erhält man diejenige Vermögensmasse, derentwegen sich die Gesellschafter auseinanderzusetzen haben.[56])

In den beiden bisher angeführten Fällen war stillschweigend angenommen worden, daß es sich um die einzigen nach dem Vertrage bestehenden gegenseitigen Verpflichtungen handele. Aus dem Gesellschaftsverhältnis werden aber in der Regel eine Reihe von Verpflichtungen für jeden Teilnehmer entstehen, von denen sich von Zeit zu Zeit eine Gruppe fälliger gegenseitiger Pflichten herauslösen und gegenübertreten. So ist beispielsweise eine Festsetzung des Inhalts denkbar — und sie wird in der Praxis häufig vorkommen —, daß nach einem periodisch wiederkehrenden Zeitraum oder sonst wiederholt die beiden Gesellschafter, vielleicht zur Ausdehnung des Geschäftsbetriebes unter der Voraussetzung, daß dieser sich bis dahin rentiert hat, bestimmte weitere Beiträge gleichmäßig zu leisten haben. Dann kann der Fall eintreten, daß dem einen Gesellschafter, z. B. weil seine Vermögensverhältnisse gerade zu dem Zeitpunkt, wo er eine fernere Leistung bewirken soll, sich stark verschlechtert haben, die Leistung nur dieses Beitrages unmöglich wird, während er bis dahin pünktlich gezahlt hat und nach einiger Zeit auch wieder wird zahlen können.[57]) Welche Folgen treten dann ein? Nach § 323 verliert er nur den Anspruch auf die Gegenleistung; alle übrigen Rechte und Pflichten, die vergangenen, wie die zukünftigen, blieben bestehen. Allerdings kann gerade durch seine Nichtleistung und die dadurch herbeigeführte Befreiung seines Mitgesellschafters die Erreichung des erstrebten Zwecks überhaupt unmöglich werden.[58]) Laut § 726 endigt dann die Gesellschaft von selbst.[59]) Wenn jedoch die Erreichung des gemeinsamen

[55]) Planck II Vorbem. IV 2a vor § 705.

[56]) Oertmann § 705, 4c a. E.: „ . . . ist freilich schon für die Ges. ein weiterer Erwerb gemacht, so kommen seinetwegen die Regeln der §§ 731 ff. zur Anwendung . . . “.

[57]) Kisch S. 57, 58.

[58]) Kisch S. 2. Krahmer S. 137 Anm. 151. Oertmann § 705, 4 a. E. Staudinger-Kober § 726, 2. Planck II Vorbem. IV 2a vor § 705.

[59]) Vgl. Riccius S. 62.

Zieles auch ohne die fehlenden Leistungen möglich bleibt, dauert die Gesellschaft wie bisher weiter, da sie sich als ein gegenseitiges Rechtsverhältnis eben nicht in einer Leistung und deren Gegenleistung erschöpft. Es kann aber leicht eine Härte für den anderen Genossen sein, an eine Gesellschaft gebunden zu sein, die mit geringeren Mitteln, als ursprünglich vorgesehen war, denselben Zweck verfolgen soll wie vordem. Will er diese Folge nicht eintreten lassen, so kann er[60]) — abgesehen von einer neuen Vereinbarung mit seinem Mitgesellschafter — dem dadurch entgehen, daß er die Gesellschaft nach § 723 kündigt und so ihre Auflösung mit nachfolgender Auseinandersetzung herbeiführt; für eine solche Kündigung lag ungeachtet ihrer Zulässigkeit in den bisher behandelten Fällen kein Bedürfnis vor.

Im Verhältnis zu allen aus der Gesellschaft entspringenden Pflichten könnte man den eben behandelten Fall als den einer teilweisen Unmöglichkeit ansprechen. Doch wäre mit dieser Auffassung wenig gewonnen. Denn die §§ 320 ff. handeln stets nur von einer Einzelleistung, wie aus ihrem Zusammenhange hervorgeht; daher bezeichnet man richtiger Weise den vorgenannten Fall als gänzliche Unmöglichkeit einer (Einzel-)Leistung.[61]) Indes handelt § 323 auch von der teilweisen Unmöglichkeit einer solchen und knüpft daran die Rechtsfolge, daß die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473, d. h. nach den Vorschriften über die Minderung beim Kauf, herabgesetzt wird. Ist also z. B. die Leistung des einen zur Hälfte möglich geblieben, so hat er auch Anspruch auf die Hälfte der Leistung des anderen, eine Regelung, deren Verwirklichung für die jetzt behandelte Gesellschaft zweier Personen keine Schwierigkeiten mit sich bringt und offenbar auch der Billigkeit entspricht.[62]) Es kann zweifelhaft sein, ob bei einer nur teilweisen Unmöglichkeit das Kündigungsrecht des § 723 ebenfalls gegeben ist. Eine allgemeine Entscheidung dieser Frage läßt sich nicht geben, vielmehr ist es quaestio facti. Bildet die teilweise Nichtleistung einen wichtigen Grund — die gänzliche Unmöglichkeit ist ja

---

[60]) Daß derjenige, dessen Leistung unmöglich geworden ist, das Kündigungsrecht nicht hat, geht aus dem Wortlaut der §§ 723 („ein anderer Gesellschafter)“ und 737 (ein „die übrigen Gesellschafter .... zur Kündigung berechtigender Umstand“) klar hervor.

[61]) a. A. Nicolai S. 62, 63.

[62]) Knoke S. 47. Nicolai S. 66. Haase S. 48. Riccius S. 63. Oertmann § 705, 4 a. E. Planck II Vorbem. IV 2a vor § 705.

auch nur als gesetzliches Beispiel eines solchen in § 723 aufgezählt —, so kann jeder Gesellschafter kündigen, im anderen Falle nicht.[63])

In einer größeren Gesellschaft gestalten sich die Verhältnisse folgendermaßen:

Wird vor irgend welchem Beginn der Gesellschaftstätigkeit einem Sozius die Bewirkung der ihm obliegenden Hauptverpflichtung unmöglich, so verliert er nach § 323 den Anspruch auf die Gesamtgegenleistung;[64]) es lösen sich ipso jure die ihn mit den anderen verknüpfenden Beziehungen, d. h. er scheidet aus.[65]) Dieses ist herrschende Ansicht in der Literatur. Knoke[66]) behauptet nun aber weiter, in solchem Falle löse sich die Gesellschaft überhaupt auf; denn „die einzelnen Verpflichtungen stehen doch nicht gänzlich unabhängig da, der einzelne hat sich nicht schlechthin verpflichtet, einen Beitrag zu leisten, sondern er hat nur übernommen, zur Erreichung eines Zweckes beizutragen, zu dem auch die übrigen Gesellschafter in der im Vertrag bestimmten Weise beizusteuern haben. Deshalb kommt ja auch — wenigstens der Regel nach — der ganze Vertrag nicht zustande, wenn das Versprechen eines Gesellschafters nichtig ist. Ebenso müssen nun auch die Veränderungen, welche die Verpflichtung des einen erleidet, nicht nur auf die Verpflichtungen der übrigen ihm gegenüber von Einfluß sein, sondern das ganze Verhältnis umgestalten." Knoke spricht hier gefühlsmäßig einen richtigen Gedanken aus. Wie des öfteren ausgeführt, besteht das Korrelat der eigenen Verpflichtungserklärung eines Gesellschafters in der entsprechenden aller übrigen. Also hat sich in einer Sozietät mit vier Mitgliedern A. mit B. und C. dem D., mit B. und D. dem C., mit C. und D. dem B. verpflichtet (abgesehen von der

[63]) Knoke S. 47. Philipp S. 48. Haase S. 48. Kisch S. 58 Anm. 15. Oertmann § 705, 4 a. E. Planck Vorbem. IV 2a vor § 705. Riccius S. 62 sieht darin „kaum" einen wichtigen Grund. — Nicolai S. 75, 76.

[64]) Bemerkenswert ist, daß bei Behandlung obigen Falles fast alle Autoren der Ansicht sind, daß die Folgen des § 323 für die Leistungen aller anderen eintreten, also diese die (Gesamt-) Gegenleistung bilden; bei Besprechung der §§ 320—322 jedoch gehen nur die wenigsten von dieser richtigen Anschauung aus; die meisten reden in jenem Falle einer Zerlegung des einheitlichen Ges.-Vertrages in lauter einzelne zweiseitige Vereinbarungen das Wort.

[65]) Vgl. dazu die schematische Darstellung auf S. 39.

[66]) S. 47; auf ihn sich stützend Nicolai S. 61—63. Riccius S. 64. Haase S. 49.

erloschenen Verpflichtung BCD. gegenüber A.). In allen diesen drei aus je drei Gliedern bestehenden Verpflichtungen fällt nun jeweils die des A. fort. Insofern werden alle Verhältnisse von der in seiner Person eingetretenen Unmöglichkeit berührt. Wäre seine Erklärung von vornherein nichtig gewesen, so entschiede § 139 BGB. über die Wirksamkeit oder Nichtwirksamkeit des Vertrages. Eine in Knoke's obiger Begründung herangezogene analoge Anwendung des § 139 auf den vorliegenden Fall ist nun in der Tat nicht von der Hand zu weisen. Trotzdem ist seine Folgerung abzulehnen. Denn wenden wir § 139 entsprechend an, so kommt es darauf an, festzustellen, ob anzunehmen ist, daß die anderen Gesellschafter auch ohne die Leistung des einen das ganze Verhältnis aufrecht erhalten wollen oder nicht. Wer kann nun besser beurteilen, ob dies ihre Absicht ist oder nicht, als die Gesellschafter selbst? War wirklich die Verpflichtung des einen so wesentlich für die anderen Teilnehmer, so gibt ihnen das Gesetz ein bequemes Mittel an die Hand, um dieser Auffassung Rechtsfolgen zu verleihen, nämlich die nach § 723 jedem freistehende Kündigung. Sieht sich kein Gesellschafter zu einer solchen veranlaßt, so liegt kein Grund vor, dessen ungeachtet eine von Rechtswegen eintretende Auflösung anzunehmen. Gerade die Fortdauer der Gesellschaft unter den übrigen ist der innere Grund für das Kündigungsrecht des § 723 in diesem Falle; denn „würde in einem derartigen Falle die Gesellschaft schon von Rechtswegen sich auflösen, dann wäre für ein Kündigungsrecht kein Bedürfnis, es wäre unverständlich." [67])

Auch Riccius' [68]) zugunsten der Knoke'schen Ansicht sprechende, in die Form eines mathematischen Beweises gekleidete Darlegung, die zunächst etwas Bestechendes an sich hat, läßt sich nicht halten. Denn er geht von der Voraussetzung aus, daß bei teilweiser Unmöglichkeit die Leistungen *sämtlicher anderer* sich in gleichem Verhältnis mindern. Da nun im folgenden sich zeigen wird, daß diese Grund-

[67]) Eschelbacher S. 28, dessen Ausführungen Riccius S. 64 Anm. 3 für unverständlich erklärt. — Der innere Grund für die verschiedene Behandlung einer aus zwei Personen bestehenden und einer größeren Gesellschaft nach § 323 ist gut erklärt von Philipp S. 50, 51 mit der beim Ausscheiden eines Mitgliedes wohl in letzterem Falle, nicht aber im ersteren noch weiter bestehenden Gemeinschaftlichkeit der Mittel, dem „ersten und wichtigsten Erfordernis einer Gesellschaft".

[68]) S. 63, 64.

lage falsch ist, fällt sein Beweis und damit seine Ansicht in sich zusammen.

Wir erhalten also das Ergebnis, daß der Gesellschaftstorso an sich weiter besteht, aber nach § 723 von jedem Restmitgliede gekündigt werden kann.[69]) Dabei wird jede für die Gesellschaft vorgenommene Handlung eines einzelnen, die nach dem Ausscheiden des betreffenden Genossen geschieht auf seinen Willen, das Gemeinschaftsverhältnis auch ohne diesen fortzusetzen, schließen lassen bezw. eine stillschweigende Erneuerung des Vertrages mit der beschränkten Mitgliederzahl darstellen.

Waren schon im Namen der Gesellschaft Rechte erworben oder Verbindlichkeiten eingegangen, so greifen die §§ 730—740 ein; nach deren Bestimmungen regelt sich die Auseinandersetzung der übrigen mit dem Ausscheidenden.

Hat einer oder haben schon mehrere der anderen Gesellschafter ihre Leistungen bewirkt, und wird dann z. B. diejenige des A. unmöglich, so fällt zunächst, genau wie eben dargelegt, die Verpflichtung des A. gegenüber den anderen fort und ebenso deren Gegenverpflichtungen gegen A. Machen nun diejenigen, die bereits geleistet haben, den ihnen nach § 323 Abs. 3 gegen A. zustehenden Anspruch geltend, so ergibt sich folgende Schwierigkeit:

A. hat das Geleistete als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben. Diese läßt sich aber nicht anteilmäßig erfassen, besteht vielmehr darin, daß die betreffenden Leistungen, die Gesellschaftsvermögen geworden sind, in das Gesamteigentum aller, also auch des A. gelangt sind. Letzterer kann sie nun daraus nicht allein zurückgewähren, sondern nach § 719 nur in Gemeinschaft mit den übrigen. Die anderen aber sind nicht verpflichtet, eine derartige Verfügung zu treffen. Nur wenn bereits alle außer A. geleistet haben und alle gegen ihn den Herausgabeanspruch geltend machen, ist eine glatte Abwickelung möglich. Man könnte empfehlen, zur Vermeidung der in allen anderen

[69]) Oertmann § 705, 4c a. E. Planck Vorbem. IV 2b vor § 705. Krahmer S. 137. Kisch S. 58. Eschelbacher S. 28. Philipp S. 49. — Die Kündigung muß nach jetzt wohl unbestrittener Ansicht (Oertmann § 723, 1) allen übrigen gegenüber erklärt werden, wird also wirksam, wenn sie auch dem letzten Gesellschafter zugegangen ist; sie bewirkt eine Auflösung der Gesellschaft für die Zukunft. Siehe dazu Kisch S. 58, Schmidt S. 59.

Fällen entstehenden Schwierigkeiten durch A. die Gesellschaft kündigen zu lassen; doch bereits oben[70]) ist ausgeführt, daß zwar die anderen das Kündigungsrecht haben, aber nicht er; außerdem würde eine Kündigung für ihn deshalb nicht möglich sein, weil er schon nach § 323 Abs. 1 von selbst aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Er wird mithin nicht aus der Gemeinschaft mit den übrigen Gesellschaftern befreit, daher hat er die Pflicht, sich selbst von ihnen frei zu machen. Denn auch eine Kündigung der anderen würde nur den Torso auflösen, aber an seiner Herausgabepflicht nichts ändern. Da A. diese also aus rechtlichen Gründen nicht erfüllen kann, muß dafür ein entsprechender Ersatz eintreten. Eine „Herausgabe des Erlangten" durch ihn ist nur dadurch möglich, daß er auf sein Gesamteigentum an dem Teil des Gesellschaftsvermögens, den er eigentlich herauszugeben hätte, verzichtet. Die im § 323 Abs. 3 aufgestellte Verpflichtung wandelt sich also in die Pflicht zu einer Verzichtserklärung um, durch die die verworrenen Beziehungen schnell und glatt geordnet werden.[71])

Wird A. von mehreren synallagmatischen Leistungen nur eine unmöglich, so verliert er auch nur den Anspruch auf die entsprechende Gegenleistung des B., C., D. usw.; umgekehrt büßen diese zwar den Anspruch auf seine Leistung ein, nicht aber B. das Recht auf die Leistungen des C. und D., C. auf diejenigen des B. und D., D. auf die Beiträge des B. und C. Auch für A. bleibt aber die Gesellschaft, wie früher ausgeführt, bestehen, wenn nicht einer seiner Genossen sie nach § 723 kündigt; letzteres dürfte sich meistens in solchem Falle empfehlen, schon um die sonst drohenden Unzuträglichkeiten zu vermeiden. Doch die Kündigung braucht nicht erklärt zu werden, sie ist nur eine Möglichkeit. Welche Folgen hat aber A.'s Nichtleistung in der ohne

---

[70]) S. 43 Anm. 60.

[71]) so vor allem Planck Vorbem. IV 2b vor § 705 in ausführlicher Darlegung. Enneccerus-K.-W. (I, 2 S. 459 Anm. 7) findet diese Entscheidung „nicht nur künstlich, sondern auch nicht der Billigkeit entsprechend", vermag aber u. E. zunächst keinen rechtlichen Grund gegen sie und erst recht keinen für seine mit dem Gesetz sich nicht vertragende Ansicht vorzubringen, daß die Gesellschaft sich nach § 323 ohne weiteres auflöse; ebensowenig dafür, daß in dem von ihm zur Widerlegung unserer Ansicht angeführten Beispiel die Billigkeit leidet, da er sich nicht daran erinnert, daß, wenn eben die Unbilligkeit zu groß sein sollte, ein jeder sich durch Kündigung nach § 723 von der weiteren Teilnahme an der Gesellschaft befreien kann.

Kündigungserklärung weiter bestehenden Gesellschaft? Alle anderen müssen wie sonst ihre Beiträge leisten, da jeder von ihnen es von jedem anderen verlangen kann. Also wird A. um das Gesamteigentum an allen Einlagen ungerechtfertigt bereichert. Eine direkte Erfüllung seiner nach § 323 Abs. 3 bestehenden Rückgabeverbindlichkeit ist aus demselben Grunde wie in dem eben behandelten Falle nicht möglich. Die Leistungen der anderen arbeiten nun als Gesellschaftskapital mit; der Umstand, daß A. die Beiträge der anderen allein nicht zurückgewähren kann, darf ihm aber keinen Vorteil bringen, er also keinen Anteil an dem durch diesen Teil des Gesellschaftsvermögens gewonnenen Ertrag haben, als an dem „Schattenbild" der Beiträge,[72]) um die er bereichert ist. In diesem Sinne muß hier der Gewinn als Gegenleistung praktisch gelten.[73]) An Stelle des nicht durchführbaren Rückgabeanspruches tritt daher das Verlangen der anderen gegen ihn auf einen Verzicht seinerseits auf alle die Rechte, die ihm auf Grund der Leistung der anderen im Verlaufe des Gesellschaftsverhältnisses zukommen würden; demgemäß muß er sich vor allen seinen jährlichen Gewinnanteil entsprechend kürzen lassen. Diese Minderung wird vielfach in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereiten, da meistens nicht ohne weiteres festzustellen sein wird, wieviel vom Gewinn auf den Faktor Kapital und wieviel auf den Faktor Arbeit zurückzuführen ist; indessen wird sich wie in anderen vom Gesetz vorgesehenen Fällen [74]) auch hier durch ein arbitrium boni viri ein ungefähr richtiger Betrag ermitteln lassen.[75])

Ähnlich dem eben behandelten Fall, daß von einer Reihe von Beiträgen einer unmöglich wird, stellt sich derjenige, daß eine Einzelleistung beispielsweise die des B. teilweise unmöglich wird. Daher sei er nur kurz behandelt. B. hat dann nach § 323 nur Anspruch auf die entsprechend geminderte Gegenleistung, alle übrigen aber behalten gegen jeden anderen von ihnen das Recht auf die vollständige Leistung. Bei ihrer Bewirkung wird B. um den ihm nicht zustehenden Mehr-

---

[72]) Nicolai S. 70.

[73]) In der Literatur für den ganz ähnlichen Fall der teilweisen Unmöglichkeit angenommen von Nicolai S. 66 unter Berufung auf die Motive; ebenso Kisch S. 3 Anm. 6. Vgl. die nähere Begründung bei Nicolai S. 69—70.

[74]) Vgl. § 317 BGB.

[75]) Daß eine solche Gewinnminderung wohl durchführbar ist, hat Nicolai S. 67—75 für die teilweise Unmöglichkeit im einzelnen nachgewiesen.

betrag der Gesamtgegenleistung ungerechtfertigt bereichert und muß demgemäß auf die durch den Überschuß entstehende Mehrberechtigung verzichten, insbesondere wiederum bei der Gewinnverteilung.

Der Absatz 2 des § 323 gewährt den Anspruch auf das sogenannte stellvertretende commodum, d. h. das Recht, nach § 281 Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruches vom Schuldner zu verlangen, den dieser für den geschuldeten Gegenstand in Folge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich machte, erlangt hat. Wird dieser Anspruch geltend gemacht, so „bleibt der andere Teil zur Gegenleistung verpflichtet". Es ergibt sich schon aus unserer bisher zu Grunde gelegten Bedeutung des im Absatz 2 gebrauchten Ausdruckes „Gegenleistung", daß nur alle übrigen Gesellschafter zusammen das Verlangen stellen können. Zum gleichen Ergebnis werden wir gedrängt durch eine theoretische und eine praktische Überlegung.

Grundsätzlich zerfällt nämlich bei zufälliger Unmöglichkeit das die beiden Leistungen verbindende Rechtsverhältnis. Die Folge des Absatz 2 insbesondere tritt nur auf Verlangen des anderen Teils ein, nämlich falls dieser den Ersatz einfordert. Sind nun in einer größeren Gesellschaft ein Gesellschafter von seiner Leistung und die übrigen von ihren korrespondierenden Gegenleistungen freigeworden, so können durch die Erklärung eines einzelnen die weggefallenen Verpflichtungen der anderen nicht wieder aufleben. Es liegt in dem nach § 323 Absatz 2 gestellten Verlangen eine Art neuer Verpflichtungserklärung eingeschlossen; eine solche kann aber ohne ausdrückliche — hier fehlende — gesetzliche Bestimmung nur den Erklärenden binden, mithin muß sie jedes der den anderen Teil bildenden Mitglieder für sich, d. h. alle müssen sie zusammen abgeben.[76])

Wäre ferner die umgekehrte Ansicht richtig, so ergäben sich daraus folgende praktische Konsequenzen: Ein Gesellschafter z. B. C. würde Herausgabe des Ersatzes von A. für seine unmöglich gewordene Leistung verlangen, B. und D. hingegen nicht. C. wäre dann A. zur Gegenleistung verpflichtet, aber weder A. dem B. und D., noch letztere dem A. Trotzdem würden alle Beiträge und der Ersatz des A. gemeinsames Eigentum aller werden: A., B. und D. würden also, wiewohl von vornherein feststeht, daß sie nicht dazu verpflichtet sind, gezwungen werden, sich einander um ihre Leistungen zu bereichern, und

[76]) ebenso Nicolai S. 78; ähnlich Kisch S. 250.

für die Gewinnberechnung ganz und gar würden sich unlösbare Schwierigkeiten ergeben.

Alle diese Folgerungen lassen die Anschauung als verfehlt erkennen. So ergibt sich, daß das Verlangen nach § 323 Abs. 3 nur von allen übrigen Gesellschaftern zusammengestellt werden kann.

2) § 324.

Eine nicht so ausgedehnte Besprechung erfordert § 324.

Bevor wir auf seine Bestimmungen eingehen, sei bemerkt, daß auch neben ihm § 723 in Betracht kommt; denn es wird in letzterem ganz allgemein der Fall gesetzt, daß einem Gesellschafter die Erfüllung einer wesentlichen Verpflichtung unmöglich wird; außerdem wird in der schuldhaften Vereitelung der Leistung eines Gesellschafters durch einen anderen stets ein wichtiger Grund zur Kündigung liegen.[77]) Doch wäre es im höchsten Maße unbillig, dem schuldigen Gesellschafter, d. h. demjenigen, der die Unmöglichkeit nach § 324 zu vertreten hat, das Kündigungsrecht zu gewähren. Niemand darf aus durch sein Verschulden herbeigeführten Umständen Rechte für sich herleiten, die er andernfalls nicht hätte.[78]) Sonst würde eine Belohnung auf unredliches Verhalten gesetzt sein, da ein oder mehrere Gesellschafter, beispielsweise um sich von der nicht im erhofften Maße ertragsfähigen Gesellschaft zu befreien, die Leistung eines Mitgesellschafters vereiteln und dann unter Berufung auf diesen Umstand das ganze Verhältnis sofort kündigen könnten.

Wenden wir uns dem § 324 selbst zu! Sein Abs. 1 lautet:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt."

Diese Bestimmung, die bei den andern gegenseitigen Verträgen keinen prinzipiellen Schwierigkeiten begegnet,[79]) auf das Gesellschafts-

[77]) Nicolai S. 87. Haase S. 51. Riccius S. 72 sieht darin „kaum" einen solchen.

[78]) Grundgedanke der §§ 160 und 162 BGB.

[79]) Krahmer S. 148.

recht anzuwenden, ist nicht leicht, daher kann es uns nicht wundernehmen, wenn die mannigfachsten Ansichten über ihre Wirkung vertreten werden.

Haase [80]) will § 324 in der Gesellschaft überhaupt nicht gelten lassen und zwar deshalb, weil seine Anwendung zu einem unbefriedigenden Resultate führe. Er erblickt dies im Anschluß an Knoke [81]) in folgendem: Falls nach § 324 ein Gesellschafter von seiner Leistungspflicht frei würde, der Schuldige indes seinen Beitrag einschießen müßte, würde der Leistungsunfähige benachteiligt sein. „Denn die Leistung des anderen Sozius fließt ja nicht in sein Privatvermögen, sondern in das der Gesellschaft. Der schuldige Gesellschafter behielte daher einen Anteil daran. Allerdings erhielte der geschädigte Sozius seinen Teil vom Gewinn der Gesellschaft, er müßte aber auch den ev. Verlust mittragen. Würde aber die Gesellschaft aufgelöst, so erhielte der schuldige Gesellschafter seine Einlage zurück und der andere trüge den Verlust seines Gegenstandes allein." [82]) Es liegt kein Grund vor, deshalb § 324 auf die Gesellschaft überhaupt nicht anzuwenden, um so weniger als Haase in solchem Falle nur die Kündigung aus § 723 als Ausweg angibt.[83]) Daß eine solche zulässig ist, unterliegt keinem Zweifel, und gerade weil sie stets als ultima ratio gegeben ist, liegen keine ernstlichen Bedenken gegen die Geltung des § 324 vor. Warum ferner das bei einer Anwendung dieses Paragraphen entstehende, von Haase geschilderte Ergebnis unannehmbar sein soll, ist nicht einzusehen. Schon Nicolai [84]) weist darauf hin, daß es für den schuldigen Gesellschafter eine wenig erfreuliche, ihm unter Umständen recht unangenehme Aussicht sein muß, wenn dem Vertrage entsprechend der andere von dem durch seinen Beitrag ev. allein erzeugten Gewinn die Hälfte erhält. Daß aber bei der Auseinandersetzung der Schuldige seine Einlage zu alleinigem Eigentum zurückerhält, versteht sich nach § 733 von selbst,[85]) erscheint auch billig und kann durchaus keinen Grund zur Ablehnung des § 324 bilden.

---

80) S. 50, 51; ebenso Philipp S. 52.
81) S. 48, auf ihn sich beziehend Riccius S. 70.
82) Haase a. a. O.
83) § 723 allein anzuwenden — wie Haase will — weist Riccius S. 72 zurück.
84) S. 83.
85) Planck II Vorbem. IV 3a vor § 705.

Ist somit nachgewiesen, daß § 324 Anwendung findet, — eine Ansicht, die alle Schriftsteller außer Haase und Philipp teilen — so fragt es sich noch, wie dies geschehen muß und welche Folgen es hat.

In einer Gesellschaft von nur zwei Mitgliedern ergibt sich die Antwort auf diese Frage von selbst. Die oben angeführten Worte Haases lassen die Folgen klar erkennen. Hier läßt sich kein haltbarer Grund finden, eine rein mechanische Anwendung des § 324 abzulehnen [86]) oder man müßte dies folgerecht auch bei anderen gegenseitigen Verträgen tun. Trotzdem geschieht es von Knoke und zwar aus den oben angeführten Gründen Haases, welche dieser von Knoke übernommen hat. Während aber Haase § 723 dann allein anwenden will, denkt sich Knoke [87]) und mit ihm Riccius [88]) und Philipp [89]) die Regelung folgendermaßen: „Dadurch daß der Mitgesellschafter den Untergang der von einem einzubringenden Sache verschuldet, ist er verpflichtet, ihm deren Wert zu ersetzen, selbstverständlich ohne seiner Pflicht zur Leistung seines Beitrages ledig zu werden. Der Gesellschafter, dessen Leistung unmöglich geworden ist, ist nun aber dem Mitgesellschafter gegenüber verpflichtet, statt des Gegenstandes, welchen er nicht mehr leisten kann, den Ersatz in die Gesellschaft einzubringen. Sein Anspruch gegen den Mitgesellschafter erhält deshalb den Inhalt, daß er seinen eigenen Beitrag und den Ersatz in die Gesellschaftskasse leiste." Dieses Ergebnis entspricht zwar durchaus der Billigkeit, nur läßt es sich mit dem Gesetz nicht vereinbaren, auch nicht mit Knokes Gründen. Der Fehler liegt in seiner Annahme, daß der schuldige Gesellschafter in jedem Falle zum Schadensersatz für die untergegangene Sache verpflichtet sei. In den meisten Fällen mag dies zutreffen, weil seine Handlungsweise zugleich eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. darstellt, doch durchaus nicht immer.[90]) Aus § 324 selbst folgt eine Schadensersatzpflicht an sich keineswegs; denn „vertreten heißt nicht den Schaden, sondern die Verantwortlichkeit

---

[86]) Nach herrschender Ansicht wird § 324 in einer Gesellschaft von zwei Personen so angewendet wie bei sonstigen gegenseitigen Verträgen.

[87]) S. 48, 49.

[88]) S. 71.

[89]) S. 52.

[90]) Oertmann § 324, 1. Planck Vorbem. IV 3a vor § 705. Kisch S. 75 ff., 88 Anm. 14. Nicolai S. 86. Kleineidam S. 140, 141. Haase S. 51. Tödter S. 36; s. ferner das Beispiel bei Nicolai S. 81.

tragen." [91]) Da nun ein Schadensersatzanspruch für den unschuldigen Gesellschafter nicht in jedem Falle besteht, ist Knoke's Begründung und daher seine Entscheidung unrichtig, so daß wir an dem früher gefundenen Ergebnis festhalten müssen.

Ähnlich einfach wie der eben behandelte liegt der Fall in einer größeren Gesellschaft — wiewohl er in Wirklichkeit nicht häufig vorkommen wird —, daß alle anderen zusammen die Leistung eines Sozius vereitelt haben.[92]) Die Gesellschaft besteht dann ohne weiteres fort und der Unschuldige behält alle Rechte wie bisher, vor allen seinen Anspruch auf die gesamte Gegenleistung und trotz der Befreiung von seiner Beitragspflicht den ihm gebührenden Anteil am Gewinn, auch wenn dieser allein durch die Leistungen seiner Mitgesellschafter entstanden ist.[93])

Übrig bleibt nur noch die Behandlung folgender Möglichkeit: Ein einzelner Gesellschafter hat die Unmöglichkeit der Leistung eines anderen einzelnen zu vertreten. Dieser Tatbestand wird weder von § 323 noch von § 324 vollständig erfaßt. Jedenfalls ist die Leistung nicht für alle zufällig unmöglich geworden, sondern durch die Schuld eines von ihnen, andererseits kann ein einzelner nicht als der „andere Teil" im Sinne des § 324 aufgefaßt werden. Vielmehr sind dies die übrigen Gesellschafter zusammen, da sie die Gesamtgegenleistung zu machen haben. Riccius [94]) entscheidet hier in analoger Ausdehnung der Ansicht seines Gewährsmannes Knoke so, daß „wegen der Zweiseitigkeit der Beitragsforderungen" (?) zunächst ein Anspruch auf Ersatz gegen den schuldigen Gesellschafter erhoben werden könne; dieser Ersatz fließe an Stelle des unmöglich gewordenen Beitrages in das Gesellschaftsvermögen.

---

[91]) Kisch S. 39.

[92]) Das Ergebnis muß in diesem Falle schon deshalb dasselbe sein, wie im vorhergehenden, weil beide Male der „andere Teil" die Unmöglichkeit zu vertreten hat, also § 324 direkt angewendet werden kann; anders dagegen im nächsten Fall.

[93]) Nicolai S. 84. Kisch S. 88 Anm. 14. Kisch gibt dem unschuldigen Gesellschafter sogar Anspruch auf den Teil des Gewinnes, den er erzielt haben würde, wenn er hätte leisten können. Es liegt kein Grund zu einer derartigen Ausdehnung seines Anteiles am Gewinn vor, sondern dieser wird in Ermangelung besonderer Vertragsbestimmungen wie sonst nach § 722 verteilt.

[94]) S. 72.

Aus dem früher Gesagten erscheint diese Ansicht nicht haltbar, vielmehr liegen die Verhältnisse ähnlich wie im Falle des § 323. Denn für alle nichtschuldigen Gesellschafter wird die Leistung des einen z. B. des B. durch einen Zufall unmöglich.[95]) Mithin treten in ihrem Verhältnis zu B. die bei Behandlung des § 323 angegebenen Rechtsfolgen ein. Daher müssen folgerecht diejenigen Schriftsteller, die wie Nicolai bei dessen Anwendung das ganze Gesellschaftsverhältnis sich auflösen lassen, hier ebenso entscheiden.[96]) Nach unserer Ansicht fällt aber nach § 323 nur der Anspruch auf die Gegenleistung fort, wie andererseits der unschuldige Gesellschafter seine Leistung nicht mehr zu bewirken braucht; das Gesellschaftsverhältnis an sich bleibt jedoch bestehen. Die Regelung im einzelnen folgt aus unseren früheren Darlegungen.

Nur insofern muß die Entscheidung hier anders lauten, als, wenn z. B. A. die Unmöglichkeit der Erfüllung des B. zu vertreten hat, in dem Verhältnis der beiden zueinander zunächst nicht § 324 unmittelbar Anwendung finden kann, — denn ein einzelner Gesellschafter kann, wie öfter betont, nicht als der andere Teil angesprochen werden.[97]) B. behält dementsprechend ja auch nicht das Recht auf die Gesamtgegenleistung. Doch muß § 324 wegen der ähnlichen Lagerung der Verhältnisse analog angewendet werden. Danach ist A. an sich verpflichtet, seine Leistung dem B. zukommen zu lassen. Nun muß er aber, wie sonst, seine versprochene Einlage machen. Andererseits hat B. ein Recht auf Teilnahme an dem durch A.'s Einlage erzeugten Gewinn; dies folgt daraus, daß er ebenso wie alle anderen Anspruch auf deren Einbringung hat. Er könnte danach von A. in einer Gesellschaft, die nur aus ihm und A. besteht, wie oben ausgeführt, einen Kopfteil von dem Gewinn für sich beanspruchen. Doch in einer größeren Gesellschaft hat er gegen die anderen Mitglieder ein solches Recht deshalb nicht, weil er nichts eingebracht hat. Man kann also ihm seinen gewöhnlichen Gewinnanteil nicht gewähren, ohne die anderen an der zwischen ihm und A. spielenden Angelegenheit Unbeteiligten zu benachteiligen. Mithin liegt in der bloßen Leistung des

---

[95]) Ueber den Begriff des Zufalls im Rechtssinn s. Kisch S. 36 ff.

[96]) Nicolai S. 86.

[97]) Dies ist übersehen von Nicolai S. 86 ff. Planck Vorbem. IV 3 vor § 705, Kisch S. 246 Anm. 17, die ebenso entscheiden wie im Text angegeben, in der Annahme, damit § 324 direkt anzuwenden.

so wie so geschuldeten Beitrages für A. keine Erfüllung seiner ihm B. gegenüber treffenden besonderen Verbindlichkeit. Dem B. allein kann er aber die Gegenleistung nicht bewirken, weil nicht nur dieser, sondern mehrere zu der Gesellschaft gehören. Also ist A. eine direkte Erfüllung seiner Verpflichtung gegen B. unmöglich. Für diese Unmöglichkeit hat nun A., weil sie die Folge der von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung des B. ist, gleichfalls einzutreten, folglich haftet er dem B. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.[98])

Dieses Resultat ist zwar auf kompliziertem Wege erreicht, wird dafür aber auch den Bedürfnissen in einer Gesellschaft in höherem Maße gerecht, als die Ansicht,[99]) die sowohl im Falle des § 323 wie des § 324 eine Auflösung kraft Gesetzes eintreten läßt und mit dieser natürlich einfachen Lösung des Problems allen Schwierigkeiten leicht aus dem Wege geht.[1])

§ 324 Abs. 2 läßt die eben behandelte Folge auch dann eintreten, wenn „die dem einen Teile obliegende Leistung in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist." [2])

In einer Gesellschaft von zwei Personen kann die Anwendung dieser Vorschrift keine Schwierigkeiten bieten, ebenso dann nicht in einer größeren Sozietät, wenn alle anderen außer dem Leistenden die Annahme der Leistung verweigert haben und dadurch in Verzug geraten sind. Für die übrigen Fälle, daß einer oder mehrere die Leistung nicht annehmen, liegt die Entscheidung in dem bei Besprechung des § 322 Abs. 3 angeführten eingeschlossen. Danach wirkt, weil die Leistung an alle zu erfolgen hat, der Verzug eines gegen alle,[3]) so daß bei Eintritt eines solchen Verzuges eines einzelnen und damit aller und einer später entstandenen unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit der Verpflichtete nicht mehr zu leisten braucht; trotzdem kann er von allen anderen die Einbringung ihrer Beiträge verlangen und hat wie sonst gleichen Anteil am Gewinn.[4])

---

[98]) Kisch S. 246, Nicolai S. 87. Eschelbacher S. 29.

[99]) z. B. diejenige Nicolai's S. 86.

[1]) über die in § 324 Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebene Vorteilsausgleichung s. Nicolai S. 89—91.

[2]) Ueber den Grund dieser Bestimmung vgl. Nicolai S. 88.

[3]) nicht, wie Nicolai S. 88 sagt, „für alle".

[4]) Nicolai S. 89.

Dieses Ergebnis ist für uns selbstverständlich, dürfte es aber nicht für Nicolai sein, da er bei Anwendung des § 324 Abs. 1 doch eine völlige Auflösung des ganzen Verhältnisses annimmt;[5]) trotzdem sagt auch er,[6]) daß sämtliche andere (außer dem freigewordenen) „nun ihrerseits ihre Beiträge zum Gesellschaftsvermögen abzuführen haben, an dessen Gewinn dieser partizipiert, wie wenn er geleistet hätte." Die Verschiedenheit seiner Auslegung desselben Paragraphen spricht ohne Zweifel gegen seine Auffassung über die bei Anwendung der §§ 323 und 324 entstehenden Rechtsfolgen in der Gesellschaft. Die hier vertretene Ansicht hingegen gewährleistet eine sich stets gleich bleibende Behandlung der beiden Bestimmungen des § 324, verdient also schon deshalb den Vorzug.

3) § 325.

Ähnlich wie bei § 323 erhebt sich zunächst hier die Frage, ob § 723 die Geltung des § 325 ausschließt. Dies ist zu verneinen;[7]) beide Paragraphen können und müssen neben einander zur Anwendung kommen. Außer den von Nicolai[8]) ausführlich dargelegten praktischen Gründen spricht der Umstand dafür, daß beide Bestimmungen ganz verschiedene Rechtsbehelfe gewähren, nämlich § 723 für den einzelnen ein Kündigungsrecht, § 325 dagegen für den einzelnen einen Anspruch auf Schadensersatz und für alle Gesellschafter zusammen — außer dem Schuldigen — das Recht, vom Vertrage zurückzutreten oder zwei ähnliche Rechte.[9])

Knokes Ansicht,[10]) daß in einer Gesellschaft von nur zwei Personen nur § 325 Platz greife, ist schon von Nicolai[11]) zurückgewiesen worden. Hier mag hinzugefügt sein, daß sie auch deswegen als unrichtig erscheint, weil nach Lage des Falles der andere Gesellschafter ein Interesse daran haben kann, durch die Kündigung das Vertragsverhältnis nur

---

[5]) S. 85, 86.

[6]) S. 89 in geschickter Verschleierung des Gegensatzes zu seiner Behandlung des § 324 Abs. 1.

[7]) herrschende Ansicht; gegen Anwendung des § 325 überhaupt: Windscheid-Kipp II S. 732.

[8]) S. 92, 96.

[9]) Vgl. dazu weiter unten.

[10]) S. 49; ebenso Philipp S. 53.

[11]) S. 95.

für die Zukunft aufzulösen, nicht aber den Rücktritt mit seiner weitergehenden Verpflichtung zur Wiederherstellung des in der Vergangenheit bestehenden Zustandes zu erklären. Dies wäre ihm nach Knoke versagt, dagegen sofort möglich, sobald die Gesellschaft aus drei Mitgliedern bestände. Ein haltbarer Grund für eine solche Regelung läßt sich nicht finden.

Im übrigen ist es Zweckmäßigkeitsfrage des Einzelfalles — und braucht daher an dieser Stelle nicht weiter behandelt zu werden —, welche Bestimmung zu einer über die Beteiligten am meisten befriedigenden Lösung führt; erwähnt mag sein, daß (nach § 733 Abs. 2 Satz 2) nicht bei der auf die Kündigung folgenden Auseinandersetzung, wohl aber bei Erklärung des Rücktritts (nach § 346 Satz 2) oder Geltendmachung der Rechte des § 323 Abs. 3 (nach § 818) Ersatz für geleistete Dienste und die Überlassung der Benutzung einer Sache verlangt werden kann.[12])

Im folgenden wollen wir uns allein § 325 zuwenden.

Er gewährt für den Fall, daß die dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den er zu vertreten hat, den anderen Teil nach Wahl eine der folgenden drei Befugnisse: entweder

Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen — oder
von dem Vertrage zurückzutreten — oder
die nach § 323 eintretenden Folgen geltend zu machen.

In einer Gesellschaft zweier Personen hat im Falle des § 325 natürlich der andere Gesellschafter alle diese drei Rechte wahlweise und selbständig, so daß sich dabei keine der Behandlung werte Zweifelsfrage ergeben.

Anders liegen die Verhältnisse in einer größeren Gesellschaft. Was zunächst den Anspruch auf Schadensersatz anlangt, so kann jeder Gesellschafter diesen allein geltend machen. Denn nach unseren früheren Darlegungen[13]) steht jedem einzelnen das Recht zu, von jedem Genossen die Leistung des Beitrages zu fordern. Kann dieser nun von dem Mitgesellschafter in Folge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, nicht bewirkt werden, so tritt nach § 325 ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung an die Stelle des Rechts auf

---

[12]) Nicolai S. 94. Haase S. 52. Kisch S. 148.

[13]) Vgl. den zweiten Hauptteil dieser Abhandlung.

die Erfüllung. Daraus folgt: wer dies Recht hat, kann auch den Ersatzanspruch selbständig geltend machen,[14]) ferner: der an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung tretende Ersatz fließt nicht in das Privatvermögen der anderen, sondern in die Gesellschaftskasse[15]) und daher ist der gemeinsame Schaden zu ersetzen.[16]) Außerdem ist es möglich, daß jedem einzelnen gegen den schuldigen Genossen ein privater Schadensersatzanspruch zusteht, nämlich dann, wenn er durch dessen Verhalten zugleich einen besonderen Schaden an seinem Vermögen erlitten hat.[17]) Diese letzten Sätze brauchen als allgemeine Ansicht der Literatur ohne nähere Ausführung hier nur zusammengestellt zu werden.[18])

Ferner brauchen wir auf die Befugnis, die Folgen des § 323 eintreten zu lassen, nur kurz einzugehen; im allgemeinen können wir auf unsere obige Besprechung des § 323 verweisen, aus der hervorgeht, daß in einer größeren Gesellschaft das nach § 323 Abs. 2 zulässige Verlangen auf Herausgabe des stellvertretenden commodum nur von allen übrigen Gesellschaftern gemeinsam gestellt werden kann. Die Gesellschafter können aber auch die Folge des § 323 Abs. 1 wählen, nämlich die beiderseitige Befreiung von den Leistungen, die nach § 323 ipso jure eintritt. Anders im Falle des § 325! Hier muß eine Erklärung abgegeben werden, aus der hervorgeht, daß gerade dieses Recht ausgeübt werden soll. Denn einmal spricht der letztgenannte Paragraph von einer „Geltendmachung" der für den Fall des § 323 bestimmten Rechte und andererseits ist eine solche Erklärung schon deshalb nötig, um festzustellen, welche Folge des § 325 eintreten soll.[19]) Auch diese Erklärung muß von allen gemeinsam geschehen. Letzteres folgt im Wege der Analogie schon daraus, daß, wie wir nachgewiesen

[14]) Nicolai S. 97. Haase S. 52. Philipp S. 53.

[15]) Knoke S. 49. Nicolai S. 97. Riccius S. 75. Planck II S. 733. Philipp S. 53.

[16]) Knoke S. 50.

[17]) Nicolai S. 98. Haase S. 52. Knoke S. 50.

[18]) über die Natur des Schadensersatzanspruches in der Gesellschaft vgl. Haase S. 54—58; darüber, daß für die Schadensberechnung nur die jetzt herrschende sog. Surrogationstheorie, nicht die sog. Differenztheorie angewendet werden kann, vgl. Haase a. a. O., Riccius S. 74; ferner Kisch, Schadensersatz, an verschiedenen Stellen, insbesondere S. 73. Vgl. zu der ganzen Frage Oertmann § 325 Ib.

[19]) Planck II § 325 1c. Kisch S. 149. Kleineidam S. 152.

haben, das Recht des § 323 Abs. 2 nur einheitlich ausgeübt werden kann. Ferner wäre es sonst möglich, daß ein Gesellschafter nach § 323 Abs. 1 verführe, ein anderer dagegen z. B. Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangte, also beim Vertrage stehen bliebe. Dann erhielten wir das eigenartige Ergebnis, daß einzelne sich und den schuldigen Teil von der Leistung und Gegenleistung befreiten, andere hingegen ihn zwingen könnten, trotzdem Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten, natürlich an alle. Schließlich führt ein allerdings nicht ganz zwingender Analogieschluß [20]) von dem im folgenden behandelten Rücktrittsrecht auf das Befreiungsrecht des § 323 zum gleichen Resultat.[21]) Auch kann die Erklärung eines einzelnen, zumal durch sie das Recht auf den Schadensersatz ausgeschlossen wird,[22]) nicht die übrigen Gesellschafter zugleich mitbinden, folglich muß sie von allen abgegeben werden, wie im Falle des § 323 Abs. 2.[23])

Nähere Behandlung verlangt das dritte Recht, das § 325 wahlweise zur Verfügung stellt, nämlich das Rücktrittsrecht vom Vertrage. Bei Besprechung der vorhergehenden Paragraphen wurde öfter betont, daß unter der Gesetzesbezeichnung „der eine Teil" ein einzelner Gesellschafter und unter der entsprechenden „der andere Teil" die Gesamtheit der übrigen zu verstehen sei. Eine mechanische Übertragung dieser Auslegung auf § 325 würde ergeben, daß alle seine Rechte nur von allen übrigen zusammen als dem andern Teil ausgeübt werden könnten. Daß dies wenigstens für den Anspruch auf Schadensersatz nicht zutrifft, ist schon ausgeführt. In Wirklichkeit verlangt es unsere Ausdrucksweise aber gar nicht. Wir gingen bei ihrer Begründung davon aus, daß alle übrigen sich immer einem gegenüber zu ihren Leistungen, die zusammen die Gesamtgegenleistung bilden, verpflichten; daraus folgt, daß auf der *Schuldnerseite* stets mehrere zusammen stehen, hingegen auf der *Gläubigerseite* der Anspruch auf die Gegenleistung zwar allen Gesellschaftern zukommt, doch so, daß jeder von ihnen einen selbständigen von dem der anderen unabhängigen Anspruch auf Leistung an alle hat.[24])

---

[20]) Kisch S. 150, 155 unten.
[21]) Nicolai S. 97.
[22]) Vgl. weiter unten.
[23]) Nicolai S. 96. Planck II Vorbem. IV 4b vor § 705.
[24]) Goldmann-Lilienthal I S. 741 Anm. 29.

Soweit es sich um Schuldnerpflichten des „andern Teils" handelt, bilden diesen daher alle übrigen außer dem jeweiligen Gläubiger, wie in den §§ 323, 324. Der jetzt besprochene § 325 handelt aber von Gläubigerrechten; daraus folgt, daß grundsätzlich jeder einzelne Gesellschafter die in ihm gewährten Rechte hat,[25]) und daß nur aus konstruktiven Gründen eine Abweichung davon eintreten kann, wie z. B. bei Geltendmachung der Rechte des § 323. Die in der Literatur überwiegend vertretene Begründung,[26]) daß das Rücktrittsrecht deshalb nur von allen übrigen gemeinsam ausgeübt werden könne, weil nach §§ 327, 356 der Rücktritt nur von allen auf der einen Seite Stehenden erklärt werden können, ist daher irrig. Denn nicht auf der einen Seite sind mehrere beteiligt, sondern auf der anderen.[27]) Die Folge wäre an sich die, daß nun nach § 356 die Erklärung von jedem als Gläubiger allen gegenüber gemacht werden könnte, wie Goldmann-Lilienthal tatsächlich behauptet. Trotz unserer grundsätzlichen Übereinstimmung mit ihm müssen wir diese Folgerung ablehnen; eine solche Regelung würde, so konsequent sie im einzelnen sein mag, zu außerordentlich unbefriedigenden und eigenartigen Folgen führen. So lange nämlich ein Gesellschafter vom Vertrage noch nicht zurückgetreten wäre, bliebe bei Durchführung dieser Ansicht das Schicksal der ganzen Gesellschaft unbestimmt und von dem Willen eines einzelnen abhängig. Sogar eine rechtskräftige Entscheidung, die ein Gesellschafter dahin erwirkte, daß der schuldige Genosse verurteilt wird, ihm Schadensersatz zu leisten, könnte daran nichts ändern; denn dies Urteil würde das Rücktrittsrecht eines anderen deshalb nicht berühren, weil sich seine Rechtskraft nicht über die Parteien hinaus erstrecken würde. Einer der anderen könnte daher alle Bemühungen eines seiner Sozien, durch die Forderung des Schadensersatzes den Vertrag zu erhalten, zunichte machen durch seinen später erklärten Rücktritt vom Vertrage.[28]) Erst

[25]) Planck II Vorbem. IV 4b vor § 705.

[26]) Nicolai S. 96, 97. Riccius S. 76. Haase S. 52. Philipp S. 53. Knoke S. 49. Planck II S. 734 verneint eine direkte, entscheidet sich aber für analoge Anwendung des § 356.

[27]) Goldmann-Lilienthal a. a. O.

[28]) Auch mit Hilfe des § 355 hätte der Sozius, der geklagt hat, das Rücktrittsrecht seines Mitgesellschafters nicht ausschließen können, da nur der Schuldner, nicht ein anderer die angemessene Frist zur Ausübung des Rücktritts bestimmen kann.

durch diesen würden die anderen Gesellschafter, vor allen aber der schuldige von ihrer Ungewißheit befreit werden. Es liegt auf der Hand, daß dies ein Rechtszustand sein würde, der dem Interesse aller Beteiligten gleich stark widerspräche.

Deshalb, also aus Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen, ist Goldmann-Lilienthals Ansicht abzulehnen und der Meinung aller anderen Autoren außer ihm beizutreten, daß das Rücktrittsrecht des § 325 in einer Gesellschaft nur von allen Mitgliedern außer dem schuldigen gemeinschaftlich ausgeübt werden kann.

Alle vorgehend besprochenen Rechte haben der einzelne bezw. alle Gesellschafter zusammen nach § 325 Satz 2 auch dann, wenn die Leistung eines von ihnen nicht gänzlich, sondern nur zu einem Teile unmöglich geworden ist und eine teilweise Erfüllung für den oder die Gläubiger kein Interesse hat. Natürlich ist hier maßgebend das Interesse a l l e r an der teilweisen Leistung; dies ergibt sich aus der Gemeinsamkeit des verfolgten Zieles und der gemeinschaftlichen Art und Weise, wie ein jeder zusammen mit den anderen den Gesellschaftszweck zu erreichen sucht. Bei Ausübung aller Rechte außer der Schadensersatzforderung ist das Interesse aller schon deshalb maßgebend, weil diese Befugnisse nur gemeinsam ausgeübt werden können; aber auch bei Einforderung des Schadensersatzes ist das gemeinsame Interesse als maßgebend zu Grunde zu legen.[29])

Hat hingegen die teilweise Erfüllung noch ein Interesse für die Beteiligten, dann können sie zwar gleichfalls die geschilderten Rechte ausüben, aber in diesem Falle nur bezüglich des fehlenden Teiles der Leistung.[30]) Im übrigen gelten dann unsere früheren Ausführungen in entsprechender Weise.

Schließlich gewährt § 325 Abs. 2 wahlweise das Rücktrittsrecht vom Vertrage, die Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung oder das Recht, sich nach § 323 vom Vertrage zu befreien, auch für den Fall, daß nach § 283 der Schuldner nach rechtskräftiger Verurteilung die ihm vom anderen Teil gesetzte Frist hat verstreichen lassen, ohne seine Leistung zu bewirken. Jeder Gesellschafter kann nun, wie wir

---

[29]) Nicolai S. 98, 99.

[30]) Nicolai S. 93. Kisch S. 148. Kleineidam S. 146 f. Oertmann § 325, 3. Planck II 325, 3.

sahen,[31]) jeden Mitgesellschafter auf Leistung verklagen und so dessen rechtskräftige Verurteilung erzielen, andererseits stehen die meisten Befugnisse des § 325 nur allen anderen Gesellschaftern gemeinsam zu. Es kann daher zweifelhaft sein, wer die nach § 283 erforderliche Frist bestimmen kann, ob jeder einzelne oder nur alle zusammen. Nicolai [32]) entscheidet sich mit Knoke [33]) für die letzte Alternative. Sonst, so führt er aus,[34]) gäbe es „unter Umständen eben so viele „angemessene" Fristen als Gesellschafter vorhanden sind, und doch muß die „Angemessenheit" der einen Frist im Hinblick auf die Gesellschaft überhaupt festgestellt werden." Dieser Grund Nicolais ist nicht ganz treffend. Denn wenn die Angemessenheit der einen Frist mit Rücksicht auf das ganze Verhältnis zu ermitteln ist, kann es nur eine angemessene Frist geben, über deren Länge nötigenfalls richterliche Entscheidung zu befinden hat, nicht aber ebenso viele „angemessene" Fristen als Gesellschafter da sind.[35])

Aber aus einem anderen Grunde gelangen wir zum gleichen Ergebnis, wie er und viele andere Autoren, die ihre Stellungnahme meist nicht an dieser Stelle, sondern bei Behandlung der ganz ähnlichen Fristsetzung des § 326 näher begründen.[36]) Die ipso jure eintretende Folge des fruchtlosen Ablaufes der einen oder der anderen Frist ist nach dem Gesetz dieselbe; nämlich in beiden Fällen ist dann „der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen".[37])

Gehen wir bei Behandlung der vorliegenden Frage von dieser Tatsache aus, so kann unsere Entscheidung nicht zweifelhaft sein, sondern wir müssen zu dem Ergebnis kommen, daß nur alle übrigen zusammen die Frist bestimmen können, dagegen nicht ein einzelner Gesellschafter, auch nicht derjenige, der vielleicht allein die Verurteilung

---

[31]) Vgl. den 2. Hauptteil dieser Abhandlung.

[32]) S. 100, 103 f.

[33]) S. 50.

[34]) S. 104 bei Besprechung des § 326, auf die er S. 100 verweist.

[35]) Krahmer S. 163.

[36]) Planck II S. 734. Knoke S. 50. Riccius S. 80. Haase S. 60, 61. Philipp S. 54.

[37]) § 283 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2; § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2. — Das nur nach diesen beiden Bestimmungen in der Gesellschaft vorkommende Recht der Fristsetzung soll daher an dieser Stelle zugleich mit für § 326 besprochen werden.

des Schuldigen herbeigeführt hat. Zwar tritt als nächste Folge des fruchtlosen Fristablaufes nur ein Erlöschen gerade seines Anspruches auf Erfüllung ein; auf der anderen Seite ist er aber berechtigt, dafür Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Dieser Anspruch besteht nach dem Gesetz zweifellos, und ebenso zweifellos ist es, daß der schuldige Gesellschafter nicht neben der Befriedigung dieses Anspruches noch gehalten sein kann, dem Verlangen der übrigen auf Leistung seines versprochenen Beitrages nachzukommen. Daraus ergibt sich, daß wegen der eigenartigen Lagerung der Verhältnisse auch der Erfüllungsanspruch aller übrigen nach dem Fristablauf „ausgeschlossen" ist.[38])

Ein einzelner darf nun selbstverständlich nicht die Möglichkeit oder gar das Recht haben, den Anspruch seiner Mitgesellschafter auf Erfüllung, als das jedem zustehende, ursprüngliche, sich unmittelbar auf den Vertrag gründende Recht, durch seine einfache Fristsetzungserklärung, d. h. eine einseitige Handlung für immer zu beseitigen; also muß die Frist von a l l e n übrigen gestellt werden. Dieser in der Literatur allgemein vertretene Standpunkt wird nur von Krahmer[39]) und Goldmann-Lilienthal[40]) nicht geteilt, von letzterem in folgerechter Durchführung seiner scharfen Formulierung der Gläubigerrolle des einzelnen Gesellschafters; nach beiden kann jeder in der geschilderten Weise alle seine Genossen präjudizieren. Was bei Behandlung des Rücktrittsrechts gegen einen solchen unbeschränkten Individualismus des einzelnen in einem Gemeinschaftsverhältnis gesagt ist, kann auch hier entsprechend außer den schon angeführten Gründen gegen diese Ansicht vorgebracht werden.

Es bleibt noch übrig, das Verhältnis der drei, durch § 325 wahlweise gegebenen Rechte zu einander zu besprechen; doch ist dies weniger eine Frage des Gesellschaftsrechts, als einer Behandlung der Bestimmungen über gegenseitige Verträge überhaupt. Daher sei hier nur kurz erwähnt, daß die wichtige Frage, wann der Gläubiger an seine Wahl zwischen den drei Befugnissen gebunden ist, in der Literatur eine verschiedene Beantwortung findet.

---

[38]) Diese Folge ist anscheinend von Krahmer S. 163 übersehen.
[39]) S. 163.
[40]) S. 749 Anm. 29.

Einige behandeln das Wahlrecht des Gläubigers als ein alternatives Wahlrecht nach den §§ 262 ff., obwohl sie zugeben, daß § 325 eine wirkliche Wahlschuld nicht begründet, weil nur die eine der drei Befugnisse, nämlich der Anspruch auf Schadensersatz, ein Forderungsrecht darstellt.[41]) Demgemäß erfolgt nach dieser Ansicht die Wahl des Gläubigers in bindender Weise durch seine einfache Erklärung gegenüber dem Schuldnerteil.[42])

Andere hingegen, denen wir uns anschließen möchten, nehmen eine facultas alternativa besonderer Art mit Wahlrecht des Gläubigers an; sie lassen die Wahl daher je nach der gewählten Befugnis zu verschiedenen Zeitpunkten unwiderruflich werden und gestatten dem Gläubiger, ev. von dem gewählten Recht auf ein anderes nachträglich überzugehen, natürlich abgesehen vom Rücktrittsrecht, da der Gläubiger sich mit dessen Erklärung vom Vertrage losgesagt hat.[43])

Außer diesem wechselseitigen Ausschluß eines dieser drei Rechte durch das andere findet nach dem Gesagten noch eine weitere Einschränkung statt. Erklärt sich nämlich ein Sozius für den Schadensersatz und setzt er seinen Anspruch darauf durch, so wird damit nicht nur ihm, sondern auch allen übrigen die Möglichkeit genommen, vom Vertrage zurückzutreten oder die Rechte aus § 323 geltend zu machen, weil diese Befugnisse ja nur gemeinsam, also nicht ohne ihn, ausgeübt werden können. Die anderen Gesellschafter haben daher gar keine andere Möglichkeit in solchem Falle als auch den Anspruch auf Schadensersatz zu erheben; durch dessen Erfüllung erlöschen jedenfalls die Rechte aller, die § 325 gewährt. Dies ist nur folgerecht und findet außerdem für den Rücktritt seine Bestätigung in § 356 BGB., welcher bestimmt: „Erlischt das Rücktrittsrecht für einen der Berechtigten (wie in unserem Fall für den, der den Schadensersatz verlangt bezw. dessen Leistung durchsetzt), so erlischt es auch für die übrigen." Will sich einer der anderen trotzdem noch vom Vertrage befreien, so steht ihm als Ausweg, wie sonst, die Kündigung nach § 723 offen.

---

[41]) Vgl. Kisch S. 149ff., insbesondere S. 154.

[42]) Kisch S. 159; Kleineidam S. 152. Paech S. 165 für die Rechte aus § 326.

[43]) Vgl. Oertmann § 325, 2 und die dort ausführlich angegebene Literatur zu dieser Frage. Planck II § 325, 2.

IV. Verzug.

Der Verzug und seine Folgen im Rechte der Gesellschaft werden in der Literatur fast durchgehend so übereinstimmend behandelt,[44]) daß wir uns darauf beschränken können, die gefundenen Ergebnisse der Vollständigkeit halber zusammenzustellen bezw. näher auszuführen.

Entsprechend der allgemeinen Regel des § 284 BGB. kommt ein Gesellschafter in Verzug, wenn er auf eine nach dem Eintritt der Fälligkeit seiner Verpflichtung erfolgende Mahnung eines Mitgesellschafters nicht leistet. Denn wie jeder Gesellschafter Anspruch auf den Beitrag jedes anderen hat, so ist er für sich allein berechtigt, einen säumigen Genossen zu mahnen,[45]) weil das Mahnrecht als ein Accessorium des Anspruchs, dessen Erfüllung durch die Mahnung gefordert wird, von diesem untrennbar ist.[46]) Nur im Falle des § 284 Abs. 2 kommt der Schuldner auch ohne Mahnung in Verzug. Dessen Folgen sind in den §§ 286 ff. im allgemeinen dahin geregelt, daß der Schuldner jede Fahrlässigkeit, meistens auch die zufällige Unmöglichkeit seiner Leistung zu vertreten,[47]) den durch seine Säumigkeit entstehenden Schaden zu ersetzen[48]) und Verzugszinsen zu entrichten hat,[49]) letzteres beides außer seiner Pflicht, die geschuldete Leistung nachträglich zu bewirken.

§ 326 gibt bei gegenseitigen Verträgen dem Gläubigerteil noch eine weitere Befugnis, nämlich das Recht, dem säumigen Gegner zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach fruchtlosem Fristablaufe ist er dann berechtigt, „Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen".[50])

In einer Gesellschaft von nur zwei Mitgliedern entstehen bei Anwendung dieser Sätze keinerlei Schwierigkeiten.

---

[44]) Vgl. Nicolai S. 101 ff. Haase S. 58 ff. Riccius S. 77 ff. Krahmer S. 162, 163. Philipp S. 54. Eschelbacher S. 29. Planck II S. 734 f.

[45]) Haase S. 58; anderer Ansicht Eschelbacher S. 29.

[46]) Paech S. 51.

[47]) § 287.

[48]) § 286.

[49]) § 288.

[50]) über den Zweck und inneren Grund dieser Bestimmung s. Eschelbacher S. 25, Paech S. 150.

In einer größeren Gesellschaft kann wie im Falle des im § 325 Abs. 2 herangezogenen § 283 aus dem gleichen Grunde die Fristsetzung, dies „privatrechtliche Ultimatum" nach Stammler's treffenden Ausdruck,[51]) nur von allen übrigen Gesellschaftern gemeinsam ausgehen,[52]) so daß insofern „der einzelne Sozius rechtlos" ist.[53]) Jedoch kann nach fruchtlosem Fristablaufe wieder jeder einzelne seinen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen oder alle zusammen vom Vertrage zurücktreten. Wegen der näheren Behandlung dieser beiden Rechte und ihres gegenseitigen Ausschlusses sei auf die Besprechung des § 325 hingewiesen, wie auch das Gesetz selbst auf diesen Paragraphen verweist, für den Fall nämlich, daß in der gestellten Nachfrist die rückständige Leistung nur teilweise bewirkt wird. Dann kann der Gläubigerteil bei fehlendem Interesse an einer solchen teilweisen Vertragserfüllung die Rechte des § 326 wegen der ganzen Verbindlichkeit ausüben.

Ferner bedarf es nach Absatz 2 des § 326 überhaupt keiner Fristbestimmung, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den Gläubigerteil, d. h. alle übrigen Gesellschafter kein Interesse mehr hat.[54])

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß auch neben § 326 das Kündigungsrecht des § 723 in Betracht kommen kann, nämlich dann, wenn die Handlungsweise des Säumigen nach Lage des Falles für die anderen einen wichtigen Grund zur Kündigung bildet, z. B. wenn der Verzug vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt wird.[55])

---

[51]) S. 22.

[52]) Knoke S. 50. Riccius S. 80. Haase S. 61. Philipp S. 54. Eschelbacher S. 29.

[53]) Eschelbacher S. 29 — a. A. Goldmann-Lilienthal und Krahmer, s. S. 63 dieser Abhandlung.

[54]) Vgl. Haase S. 61.

[55]) Eschelbacher S. 29. Philipp S. 54. Schmidt S. 15. Haase S. 62. Krahmer S. 162; a. A. Riccius S. 78, 79 mit der Begründung: „Es fehlt an dem notwendigen wichtigen Grunde, da die Leistung durch eine Klage erzwungen werden kann". (!) — Windscheid-Kipp II S. 784. Cosack II § 279 I 3c.

Schluß.

Nicolai hatte sich vorgenommen, in seiner eingehenden Arbeit die Anwendung der allgemeinen Sätze über die gegenseitigen Verträge auf die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts darzulegen und zwar „nicht so sehr durch eine rein theoretische Abhandlung über diese Frage als vielmehr, indem wir die Richtigkeit unsrer Thesen durch praktische Beispiele zu illustrieren uns bemühten".[56])

Letzteres konnte und sollte nicht unsere Aufgabe sein. Es konnte nur wenig Nutzen versprechen, ein Verfahren, das ein Vorgänger bereits mit großem Fleiße angewendet hat, nachzuahmen. Auf der anderen Seite schienen uns gerade die theoretischen Fragen des Themas noch nicht in dem Maße geklärt zu sein, wie man nach der umfangreichen Literatur darüber hätte annehmen sollen. Vielleicht trägt daran Schuld jene auch in Nicolai's zitierten Worten sich zeigende Neigung, gewissermaßen für den Bedarf der Praxis zu arbeiten und demgemäß die Richtigkeit der aufgestellten Sätze sofort an verschiedenen gedachten Einzelfällen nachzuweisen. Unser Ziel war im Gegenteil, vor allen die theoretisch wichtigen Punkte zu behandeln, insbesondere zu zeigen, in welcher Weise die Ausübung der einzelnen Rechte der §§ 320 ff. in der Gesellschaft erfolgen muß.

Unsere zweite Aufgabe lag in dem Umstand begründet, daß die vorliegende Arbeit eine Art Nachlese ist. Daher hatten wir einerseits durch eine kürzere Aufzeichnung der bereits feststehenden Ergebnisse und andererseits durch ausführlichere Behandlung der Streitfragen — beides unter möglichst umfassender Zusammenstellung der Literatur zu den einzelnen Punkten — darzulegen, inwieweit die Theorie der ihr von den Motiven[57]) gemachten Auflage, die fraglichen Bestimmungen mit den Regeln der Gesellschaft zu verschmelzen, bisher nachgekommen ist.

Sache der Praxis ist es, durch tatsächliche Anwendung im Rechtsverkehr zu prüfen, ob die von der Theorie gefundenen Sätze sich als haltbar und brauchbar erweisen.

---

[56]) S. 108.

[57]) Bd. II S. 598, 600.